Department of Justice
Canada

Ministère de la Justice
Canada

DOCUMENT DE TRAVAIL

LES PROGRAMMES D'OBSERVATION VOLONTAIRE ET LEUR POTENTIEL COMME INSTRUMENT DE RÉFORME RÉGLEMENTAIRE

Ellen Baar
assistée de Theodora Carroll Foster et Barbara Erskine

1991

WD1991-12f

Research and Development Directorate /
Sous-direction de la recherche et du développement

Corporate Policy and Programs Sector /
Secteur des politiques et programmes ministériels

DOCUMENT DE TRAVAIL

LES PROGRAMMES D'OBSERVATION VOLONTAIRE ET LEUR POTENTIEL COMME INSTRUMENT DE RÉFORME RÉGLEMENTAIRE

Ellen Baar
assistée de Theodora Carroll Foster et Barbara Erskine

1991

WD1991-12f

Cette étude a été subventionnée par la Section de la recherche, ministère de la Justice, Canada. Les opinions exprimées dans ce document sont uniquement celles des auteurs et ne représentent pas nécessairement les vues et les lignes de conduite du Ministère.

93-01909/

TABLE DES MATIÈRES

REMERCIEMENTS xiv

SOMMAIRE xv

1.0 INTRODUCTION 1

1.1 Définition de l'observation volontaire 1
1.2 Méthodologie 2
1.2.1 La démarche générale 2
1.2.2 Les études de cas 3
1.3 Vers une stratégie de l'observation volontaire pour le Canada 7

2.0 LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE ET L'OBSERVATION VOLONTAIRE .. 9

2.1 La nature de la réglementation 9
2.2 La réforme réglementaire au Canada 10
2.2.1 La nécessité d'un changement 10
2.2.2 La réaction des pouvoirs publics 10
2.2.3 Les insuffisances des nouveaux principes 11
2.3 L'observation volontaire : une solution novatrice 12
2.3.1 Objectifs et structure 12
2.3.2 Les conséquences de la mise en oeuvre 13
2.3.2.1 La gestion de l'interdépendance 14
2.3.2.2 L'équilibre des mesures correctrices 17
2.3.3 Les aléas affectant le choix des stratégies d'atténuation 21
2.3.3.1 Les objectifs de la conformité 21
2.3.3.2 Les facteurs qui déterminent la probabilité de la conformité 22
2.3.3.3 L'équité de la procédure 25
2.3.3.4 L'application 26
2.4 L'observation volontaire en Australie, en Grande-Bretagne et aux États-Unis 31
2.4.1 L'Australie 31
2.4.1.1 Les audiences publiques sur dossier et les enquêtes publiques 31
2.4.1.2 Les dossiers de conformité et les contrats de franchise 32

2.4.1.3 L'octroi de licences et d'autorisations : l'approche proactive 33
2.4.2 Les États-Unis 34
2.4.2.1 La surveillance de la conformité 34
2.4.2.2 La délégation de pouvoirs 35
2.4.2.3 Les recours contentieux 35
2.4.3 La Grande Bretagne 36
2.4.3.1 Collaboration avec l'entreprise privée 36
2.4.3.2 L'agent réglementaire en tant que fidéicommis 37
2.4.4 Résumé 37

3.0 LES APPROCHES SECTORIELLES EN MATIÈRE D'OBSERVATION VOLONTAIRE 39

3.1 Introduction 39
3.2 La santé et la sécurité au travail 40
3.2.1 L'autoréglementation responsable 40
3.2.1.1 Les conditions affectant la mise en place de l'autoréglementation responsable 40
3.2.1.2 Aléas entourant l'application de l'autoréglementation responsable 47
3.2.1.3 Résumé 51
3.2.2 Le processus d'approbation conditionnelle : l'octroi de licences à des activités à haut risque 52
3.2.2.1 Objectifs et avantages 52
3.2.2.2 La mise en oeuvre des pouvoirs 53
3.2.2.3 La recherche de la conformité par l'évaluation du risque : le danger de distorsion 57
3.2.2.4 Injonction ou collaboration : le bon choix 59
3.3 La réglementation en matière de protection du consommateur et de droits de la personne 61
3.3.1 Le coût de l'atténuation du dommage comme mesure incitative 61
3.3.2 La détermination des mesures correctrices appropriées 62
3.3.3 La coréglementation 63
3.3.4 Les autres stratégies incitatives 64
3.4 La réglementation dans le domaine écologique : un régime hybride .. 65
3.4.1 L'autorité réglementante, mandataire pour l'environnement ... 65
3.4.2 La souplesse, une exigence 66
3.4.3 Redresser la discrimination systémique 66
3.4.4 Les concessions à l'entreprise privée : l'approche britannique .. 67
3.4.5 Mesures incitatives et normalisation : L'approche américaine .. 67

3.5 Synthèse des approches sectorielles en matière d'observation volontaire 69

4.0 LE RÔLE DE L'AUTORITÉ RÉGLEMENTANTE DANS LE CADRE DES PROGRAMMES D'OBSERVATION VOLONTAIRE 72

4.1 Introduction 72
4.2 Le rôle de l'agent réglementaire au cours des différentes phases de la réglementation 73
4.2.1 Le diagnostic/évaluation du risque 73
4.2.2 La conception de systèmes 74
4.2.2.1 La tâche de l'agent réglementaire 74
4.2.2.2 Le rôle de l'agent réglementaire : interprète, conseiller et pédagogue 74
4.2.2.3 Les instruments dont dispose l'autorité réglementante 75
4.2.2.4 Résumé 76
4.2.3 La surveillance 76
4.2.3.1 La tâche de l'agent réglementaire 76
4.2.3.2 Le rôle de l'agent réglementaire : vérificateur et inspecteur 77
4.2.3.3 Les instruments dont dispose l'agent réglementaire 77
4.3 L'adaptation du rôle et des instruments de l'autorité réglementante en fonction du niveau de risque. 78
4.3.1 Les situations à haut risque 78
4.3.2 Les situations à faible risque 80
4.4 Les agents réglementaires dans leur fonction d'application 81
4.4.1 L'utilisation de la marge discrétionnaire : récompense ou sanction? 81
4.4.2 Les instruments de l'application 82
4.4.2.1 Les permis d'autolimitation 82
4.4.2.2 Les licences 83
4.4.2.3 Les «casiers de conformité réglementaire» informatisés 83
4.4.2.4 Les ordonnances judiciaires 84
4.4.2.5 Les ordonnances de consentement et d'indemnisation 84
4.4.2.6 Les pénalités et les amendes 85
4.4.2.7 Les accords d'atténuation 86
4.4.2.8 Les mesures incitatives hiérarchisées 87
4.4.3 Résultats 88

4.5 La gestion de l'interdépendance 89
4.5.1 Les quatre dimensions de l'ingérence 89
4.5.1.1 L'évolution des priorités ou des hypothèses de départ 90
4.5.1.2 L'autonomie de l'entreprise réglementée 91
4.5.1.3 La normalisation des pénalités et des «casiers de conformité réglementaire» 92
4.5.1.4 Le respect du périmètre privé d'une entreprise 92
4.5.2 La manipulation par l'ingérence 93
4.5.3 La légitimité de l'autorité réglementante 95
4.5.4 La transparence 95
4.5.5 Le contrôle extérieur exercé par les tribunaux et par les représentants de la Couronne 96
4.5.6 La négociation de normes et de conditions du consentement : Les méthodes de règlement des différends 97
4.6 Les instruments réglementaires à l'usage des entités exposées 100

5.0 LES AI ÉAS ENTOURANT L'ÉLABORATION DE RÈGLEMENTS 102

5.1 Le contexte réglementaire 103
5.1.1 Le degré actuel de concertation 103
5.1.2 Le degré de participation des entités exposées 104
5.1.3 Les techniques d'atténuation des dommages 105
5.1.4 Le degré de contrôle extérieur exercé sur l'organisme réglementant 106
5.1.4.1 Le contrôle exercé par la législature et par le pouvoir exécutif 107
5.1.4.2 Le contrôle exercé par les tribunaux et les agents de la couronne 108
5.1.4.3 L'encadrement par les créateurs de risque et par les entités exposées 109
5.1.5 La gravité du risque ou des conséquences 109
5.1.6 La qualité du système de contrôle interne du créateur de risque 110
5.1.7 Les antécédents en matière de conformité 112

6.0 L'APPRENTISSAGE PAR L'EXEMPLE : LES EXPÉRIENCES BRITANNIQUE, AMÉRICAINE ET AUSTRALIENNE 113

6.1 Introduction 113

6.2 L'approche britannique en matière d'observation volontaire : déficit d'application 114
6.2.1 Postulats et principes de base 114
6.2.2 La réglementation sans surveillance des effets, ou la confiance mal placée 115
6.2.3 Les normes de conception : le prix de l'uniformité 117
6.2.4 L'auto-évaluation ou l'approche «patchwork» 118
6.2.5 Résumé 118
6.3 L'approche américaine en matière d'observation volontaire : un exemple de surréglementation 119
6.3.1 Postulats et principes de bases 119
6.3.2 Le coût, préoccupation des autorités américaines 121
6.3.3 Les programmes d'observation en coopération 121
6.3.4 La surveillance de la conformité 123
6.3.5 Le remplacement des normes de conception par des normes de résultats. 124
6.3.5.1 Le besoin de mesures incitatives 124
6.3.5.2 Les conséquences pratiques 124
6.3.5.3 La gestion des interdépendances 124
6.3.6 La participation multipartite à la réglementation 125
6.3.7 L'application : à la recherche de l'efficacité 126
6.3.8 L'exception comme instrument de conformité 127
6.4 L'approche australienne en matière d'observation volontaire : l'intégration des entités exposées au processus 128
6.4.1 Postulats et principes de base 128
6.4.2 Les certificats de compétence 128
6.4.3 La surveillance des effets de la réglementation 128
6.4.4 Les techniques de résolution des différends 130
6.4.5 Les exceptions 130
6.5 L'enseignement des expériences britannique, américaine et australienne 131
6.5.1 Principes et approches de base 132
6.5.1.1 La révision des hypothèses de départ : Normes de conception ou normes de résultat? 132
6.5.1.2 La nécessité de surveiller les effets 133
6.5.2 Un arsenal de techniques 134
6.5.2.1 L'engagement volontaire de conformité 134
6.5.2.2 Le commissaire chargé d'enquêter 134
6.5.2.3 Les avis d'interdiction 135
6.5.2.4 Les certificats de compétence 135
6.5.2.5 Les processus d'autorisation 136
6.5.2.6 Les pénalités, administratives et autres 136

6.5.2.7 Sensibiliser davantage le public et encourager sa participation 137
6.5.2.8 Faire supporter au créateur de risque le coût de l'atténuation 137
6.5.2.9 La protection volontaire 138
6.5.2.10 Les comités conjoints de sécurité direction/personnel 138

7.0 ÉTUDES DE CAS : L'AUTORÉGLEMENTATION RESPONSABLE (ACCOUNTABLE SELF-REGULATION) 139

7.1 L'approche britannique en matière d'autoréglementation responsable 139
7.1.1 L'élaboration d'un cadre stratégique 139
7.1.2 La réglementation propre à une industrie donnée 140
7.1.3 La coopération des employeurs dans le cadre de l'autoréglementation 142
7.1.4 Le rôle de l'autorité réglementante dans le cadre de l'autoréglementation britannique 145
7.1.5 Le conseil : une stratégie possible en matière d'autoréglementation ? 146
7.1.6 Harmoniser les règles avec les circonstances 147
7.1.7 Résumé 147
7.2 L'autoréglementation responsable aux États-Unis 148
7.2.1 Le *California Cooperative Compliance Program* 149
7.2.1.1 Historique 149
7.2.1.2 Les comités conjoints de sécurité (direction/personnel) 150
7.2.1.3 L'obtention de la conformité : les agents chargés de la coopération et de la conformité 151
7.2.1.4 L'application et la modification du comportement 153
7.2.1.5 L'efficacité du programme coopératif de conformité 155
7.2.2 Le programme de protection volontaire de l'OSHA 157
7.2.2.1 La nature du programme 157
7.2.2.2 L'application concrète du programme : l'expérience de *Mobil Chemical* 158
7.2.3 L'utilisation efficace de l'autoréglementation responsable 159
7.2.4 Le *Consultation Exemption Program (CEP)* 161
7.2.4.1 Historique 161
7.2.4.2 Le contenu du programme 162

7.2.4.3 Évaluation du programme 162
7.2.5 Résumé des trois programmes 163
7.2.6 Une approche différente en matière de responsabilité : le nettoyage des déchets dangereux aux États-Unis 165
7.2.6.1 La loi sur le *Superfund* 165
7.2.6.2 Sous-traiter la compétence 165
7.2.6.3 La résolution des différends et l'élaboration de remèdes 167
7.2.6.4 Évaluation du programme 168
7.2.7 Résumé : Le rôle de l'autorité réglementante dans les programmes américains d'autoréglementation 169
7.3 L'approche australienne en matière d'autoréglementation responsable 170
7.3.1 Le certificat de compétence 170
7.3.2 Les inspecteurs du travail 172
7.3.3 La règlementation dans l'État de Victoria : La différenciation par industrie 172
7.3.4 Résumé 173
7.4 Conclusions concernant l'approche de l'autoréglementation responsable 174

8.0 LA DÉLÉGATION DE LA RESPONSABILITÉ POUR L'ÉLABORATION DE LA RÉGLEMENTATION ET SON ÉVALUATION 177

8.1 L'approche américaine en matière d'approbation conditionnelle 178
8.1.1 Les permis transférables de pollution atmosphérique 178
8.1.2 Le programme dans la pratique 180
8.1.3 Une question d'hypothèses : l'économie ou l'écologie 182
8.1.4 Résumé 184
8.2 L'approche australienne du processus d'approbation conditionnelle . 184
8.2.1 Les accords de franchise : utiliser la législation pour déterminer les modalités applicables aux permis 184
8.2.1.1 Droits de prospection et droits miniers 185
8.2.1.2 Acheminement et prix du transport 186
8.2.1.3 La réaction du public à la loi 186
8.2.1.4 Évaluation de la méthode 187
8.2.2 Les permis d'exportation : la délégation du pouvoir normatif aux gouvernements étrangers 188
8.2.2.1 La mise en conformité avec les exigences de l'étranger 188
8.2.2.2 L'homologation Hallal 189
8.2.2.3 L'incidence des normes étrangères 191

8.2.2.4 Évaluation de la méthode 191
8.2.3 Le consommateur, ses doléances et sa protection 192
8.2.3.1 La médiation : l'approche au cas par cas pour le règlement des problèmes 193
8.2.3.2 L'analyse des plaintes de consommateurs : une pierre dans le jardin des industries 194
8.2.3.3 L'octroi de licences comme moyen d'obtenir des pratiques commerciales équitables 194
8.2.3.4 Résumé 195
8.2.4 L'octroi de dérogations par les autorités publiques : la Commission australienne sur les pratiques du commerce 196
8.2.4.1 Les pratiques restrictives de la concurrence contre les avantages pour la collectivité 196
8.2.4.2 L'absence de contrôle 197
8.2.4.3 Les effets de la participation du public 198
8.2.4.4 Évaluation de l'approche 199
8.2.5 Le système des commissions d'enquête en Grande-Bretagne et en Australie 199
8.2.5.1 La procédure 199
8.2.5.2 Conclusions et recommandations 200
8.2.5.3 Garantie de conformité 202
8.2.5.4 L'évaluation de l'approche 202
8.2.6 Conclusions sur la délégation du contrôle réglementaire 203
8.2.6.1 Récapitulatif des approches 204
8.2.6.2 Le choix des participants dans un système ouvert de réglementation 205
8.2.6.3 Conclusions 207

9.0 LA CORDE RAIDE, OU LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES OBJECTIFS DE LA RÉGLEMENTATION ET LA RÉACTION DU PUBLIC 208

9.1 La modification de l'approche : encadrer le comportement plutôt que d'imposer des règles 208
9.1.1 Légitimité réglementaire et sentiment d'injustice 208
9.1.2 La notion d'encadrement du comportement 208
9.2 Reconnaître l'interdépendance : la participation multipartite au processus réglementaire 209
9.3 Désamorcer le sentiment d'injustice : une priorité de la réglementation 211
9.3.1 L'avantage de la transparence et de la responsabilité 211

9.3.2 Les mécanismes de réduction de l'indignation : absence, succès et échecs 212
9.3.3 L'équilibre entre les coûts et les mesures incitatives 214
9.3.4 La réglementation dynamique 216
9.4 Les avantages et les inconvénients de la délégation de responsabilité 217
9.4.1 Définition des objectifs de la délégation 217
9.4.2 L'équilibre des objectifs réglementaires dans le cadre de plusieurs systèmes 218
9.4.2.1 Le système du commissaire chargé d'enquête 218
9.4.2.2 La Commission des pratiques du commerce 218
9.4.2.3 Les méthodes alternatives de résolution des différends 219
9.4.2.4 L'autoréglementation responsable 221
9.4.3 Le choix de l'instrument réglementaire approprié pour la délégation 221
9.4.3.1 Les accords de franchise 222
9.4.3.2 Les ordonnances judiciaires de consentement 222
9.4.3.3 Les exemptions de consultation 223
9.4.3.4 Subventionner la prévention du dommage 223
9.5 La responsabilité conjointe et individuelle 224

10.0 CONCLUSION 228

10.1 L'épée à double tranchant : la réglementation relève-t-elle du civil ou du pénal? 228
10.2 Alléger le fardeau : la réglementation par délégation 229
10.3 Renforcer l'efficacité réglementaire 231

11.0 RECOMMANDATIONS 233

11.1 Repenser les prémisses 233
11.2 L'élaboration de mesures incitatives 237
11.2.1 Bien comprendre l'objet des mesures incitatives 237
11.2.2 La réduction du déficit d'application 238
11.2.3 La création d'une hiérarchie de mesures incitatives 239
11.2.4 Les «casiers réglementaires» 241
11.2.5 La quantification du risque et des mesures incitatives 242
11.2.6 L'autoréglementation responsable 245
11.2.7 Le suivi des effets 247
11.3 Les stratégies de réduction du dommage 247

11.4 La recherche d'un encadrement équilibré 249
11.4.1 Le libre-accès et la participation du public 249
11.4.2 Les services juridiques ministériels 251
11.4.3 L'évaluation des pratiques en vigueur 252

12.0 NOTES 254

BIBLIOGRAPHIE **266**

ANNEXES

Annexe I Glossaire **286**
Annexe II Sigles et Abreviations Frequemment Utilises **292**
Annexe III References des documents d'entrevue **293**
Annexe IV Liste des contacts **295**

LISTE DES TABLEAUX

Tableau 1 Les trois modèles juridiques du processus réglementaire 15

REMERCIEMENTS

Ce rapport a été établi conjointement par Ellen Baar, Theodora Carroll Foster et Liora Salter. Cette étude a été rédigée par Ellen Baar, et la deuxième, intitulée An Inventory of Positive Complaince Programs in the U.K., Australia, and U.S.A., par Liora Salter. Barbara Erskine et Sabine Nölke a joué un rôle précieux en suggérant une refonte du plan de la première étude destinée à rendre accessible des idées complexes. Theodora Foster a coordonné le projet, en liaison avec James Moore, Albert Currie, Shirley Riopelle Ouellet et Lyle Fairbairn du ministère de la Justice du Canada et avec le ministère des Approvisionnements et Services du Canada. Elle s'est chargée de la mise en forme des éléments de l'étude et a rédigé les rapports d'avancement des travaux, libérant Ellen Baar et Theodora Carroll Foster pour les travaux de collecte et d'analyse des données. Grâce à sa connaissance du mode de fonctionnement des organismes réglementaires fédéraux, Andrew Roman a apporté une contribution inestimable au chapitre des recommandations.

Nos travaux ont été immensément rehaussés par la contribution d'éminents universitaires, experts en matière de réglementation, dans chacun des trois pays étudiés : Robert Kagan et Eugene Bardach de Berkeley, qui nous ont très aimablement communiqué les données qui ont nourri leur livre pionnier Going by the Book : the Problem of Regulatory Unreasonableness; Peter Grabosky de l'*Australian Institute for Criminology* et John Braithwaite de l'Australian National University nous ont également communiqué les entrevues qu'ils ont réalisées en 1984-1985 et utilisées dans leur ouvrage Of Manners Gentle : Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies; Brian Galligan, du département des Sciences politiques de l'Australian National University a mis à notre disposition un chapitre d'un livre en préparation sur la relation entre l'État du Queensland et Utah Development International. Keith Hawkins, de l'*Oxford Centre for Socio-Legal Research* nous a communiqué les rapports de conclusion figurant dans The Regulation of Occupational Safety and Health, document dont la diffusion est restée pratiquement limitée au *Health and Safety Executive* du Royaume-Uni. Tous ces éléments d'information représentent une contribution décisive à notre rapport.

Les profils de programme figurant dans la deuxième étude ont été essentiellement compilés par deux étudiants en fin de cycle du département de la communication de l'Université Simon Fraser, Uschi Koebberling et Peter Cook. Margaret Little et Vern Foster, de l'Université York, ont également aidé à ces travaux. Elaine Grant, de Mansfield College en Angleterre, Joseph Crowley de Washington et Robyn Sheen de l'Australian National University ont également collaboré à l'établissement des études de cas. L'expérience d'Andrew Roman lui a permis d'apporter une contribution inestimable à l'application des résultats au contexte canadien.

SOMMAIRE

Les industries et les sociétés qui exercent les activités pouvant causer ou causant du tort aux employés, au public en général ou à l'environnement sont de plus en plus réglementées. Malheureusement, l'application de la réglementation, peu importe sa forme, est souvent inefficace.

Le rapport intitulé Positive Compliance Programs, sur lequel porte le présent sommaire, expose les stratégies liées aux programmes favorisant l'observation volontaire qui peuvent servir à la réforme en matière réglementaire. Les données du rapport ont été recueillies dans des études sur des programmes en vigueur au Royaume-Uni, en Australie et aux États-Unis. Ce rapport peut-être utile aux organismes de réglementation au Canada, car il renferme un cadre théorique et cerne certains moyens concrets pour élaborer un régime réglementaire plus efficace applicable aux activités qui comportent des risques pour la santé et la sécurité dans un contexte politique et économique de plus en plus fragile et sensibilisé à l'écologie.

Ce rapport constitue une analyse approfondie de la nature et des objectifs de la réglementation, des programmes favorisant l'observation volontaire, de la théorie du contrôle social, du rôle jouer par les organismes de réglementation dans le cadre de divers programmes, des approches dans différents secteurs réglementés, notamment en matière de santé et sécurité au travail, de protection du consommateur et de l'environnement, -- et des facteurs qui exercent une influence sur la conception des stratégies en matière de réglementation (chapitres 2 à 5).

Les deux objectifs de l'approche favorisant l'observation volontaire sont : prévenir les risques de dommages et indemniser les dommages causés ou réduire les dommages déjà causés. Au chapitre 2 le cadre théorique et les objectifs sont exposés et les limites qui exercent une influence sur l'atteinte des objectifs sont fixés. Dans ce chapitre, il est expliqué qu'il est nécessaire de réaliser un équilibre entre le contrôle excessif où l'accent est mis sur l'application plutôt que sur la faisabilité et le contrôle inadéquat où les mesures de surveillance de l'observation sont inefficaces. Finalement, le chapitre 2 comprend des observations préliminaires sur les stratégies mises en place par différentes administrations.

Le chapitre 3 porte sur les approches en matière de réglementation qui sont appliquées dans certains secteurs particuliers. On y expose les mesures adoptées en matière de santé et de sécurité au travail qui semblent bien convenir à un régime d'observation volontaire en matière de réglementation assortie de mécanismes d'approbation conditionnelle (c.-à-d. l'octroi de licence). La mitigation des peines et le recouvrement des points auprès des entreprises qui comportent des risques sont examinées dans le cadre de la réglementation applicable en matière de protection des

consommateurs et des droits de la personne. Le reste du chapitre porte sur la nécessité d'atteindre l'équilibre entre les intérêts privés et l'intérêt public en matière de réglementation applicable à l'environnement et les difficultés qui se posent.

Le chapitre 4 porte sur le rôle des autorités réglementaires à chacun des stades de la réglementation dans différents programmes. Les fonctions des organismes de réglementation examinées sont notamment l'évaluation des risques, la conception de régime juridique, la surveillance, l'application et la difficile tâche de gérer l'adéquation entre les entreprises créatrices de risques et ceux qui y sont exposés. De plus, le chapitre comporte une analyse détaillée des divers instruments existant en matière de réglementation.

Le chapitre 5 a pour objet les facteurs qui peuvent exercer une influence sur le choix de la stratégie réglementaire conçue et adoptée, notamment la réponse des entreprises visées par la réglementation, l'importance et la structure de ces organisations, la gravité des risques concernés et le degré d'implication de ceux qui y sont exposés et les moyens affectés à la stratégie. Ce chapitre porte également sur les facteurs externes qui exercent une influence sur les organismes de contrôle, notamment le Parlement et le gouvernement, les tribunaux, les groupes d'intérêts privés et le public.

À l'exposé du cadre théorique présenté dans les premiers chapitres succèdent des exemples concrets tirés d'une recherche menée en Angleterre, en Australie et aux États-Unis sur les programmes favorisant l'observation volontaire. Les données sur lesquelles reposent les chapitres suivants proviennent d'entrevues menées par l'auteur et par d'autres chercheurs ainsi que de la description de divers programmes contenue dans la deuxième étude du projet sur l'observation volontaire.

Le chapitre 6 porte sur les philosophies privilégiées par certaines administrations et renferme une analyse des avantages et des inconvénients de l'application de chacune. La conclusion de ce chapitre est un résumé utile de moyens employés par des organismes de réglementation étrangers qui se sont avérés efficaces.

Les chapitres 7 et 8 consistent en une analyse détaillée d'un certain nombre de programmes par l'entremise d'études de cas, d'observations ponctuelles de participants et d'évaluations sur l'efficacité de ces programmes. Le chapitre 7 est une analyse approfondie des programmes qui ont recours à l'approche favorisant l'observation volontaire. Le chapitre 8 renferme une étude de la délégation de pouvoirs en matière réglementaire assortie de mécanismes d'approbation conditionnelle.

Dans le chapitre 9, il est tenu compte des connaissances théoriques et pratiques exposées dans les chapitres précédents pour expliquer les difficultés que pose l'atteinte de l'équilibre entre les objectifs réglementaires poursuivis, la réaction du publique face à des mesures de contrôle trop sévères ou trop souples et les choix entre les instruments

réglementaires. À ce chapitre se greffe une brève analyse de la notion juridique de responsabilité solidaire, laquelle est, selon certains, la meilleure solution aux problèmes en matière de réglementation, notamment pour le contrôle environnemental.

Dans le chapitre 10 les dernières observations sont regroupées; il est suivi du chapitre 11 qui comprend une série de recommandations qui pourront être prises en considération par les organismes de réglementation au Canada. Évidemment, elles ne sont pas finales, mais elles découlent des observations faites par l'auteur au sujet des programmes favorisant l'observation volontaire. Ces recommandations constituent un excellent point de départ pour ceux qui doivent faire face à la tâche monumentale qu'est la réforme en matière réglementaire.

L'annexe IV est une liste des personnes ressources qui peut être utile et qui peut faciliter la communication entre les organismes de réglementation au Canada et les organismes des autres administrations qui ont déjà fait l'expérience des programmes favorisant l'observation volontaire.

1.0 INTRODUCTION

1.1 Définition de l'observation volontaire

On voit, de nos jours, un nombre croissant d'industries et d'entreprises se livrer à des activités qui risquent d'avoir des conséquences catastrophiques pour leurs employés, pour certains tiers, le public en général ou l'environnement. Le plus souvent, ces activités sont réglementées par voie législative, ou par des dispositions émanant du gouvernement; souvent, également, l'efficacité de cette réglementation laisse à désirer, soit que son application manque d'uniformité, soit que les fauteurs de risque qu'elle vise à encadrer n'en tiennent tout simplement pas compte.

L'intérêt des programmes d'observation volontaire pour les autorités tient au fait qu'ils recherchent un juste équilibre entre la persuasion et la sanction[1] lors de l'élaboration de mesures correctrices et de la mise en oeuvre de stratégies destinées à gérer le risque. En outre, les programmes d'observation volontaire évitent le double écueil que représentent, d'une part, les dispositions par trop contraignantes que les partisans de la déréglementation ont cherché à éliminer[2] et, d'autre part, la sous-réglementation qui, depuis trop longtemps, hypothèque les régimes de réglementation en vigueur au Canada. En outre, ils atténuent l'aspect contentieux en mettant l'accent sur l'équité de la procédure et de la loi.

Ces programmes d'observation volontaire s'appuient à la fois sur des mesures incitatives et sur la vérification, afin de pousser les entreprises créatrices de risque à investir, de façon continue, dans des systèmes internes d'atténuation des dommages ou des risques de dommages. Par le fait qu'ils mettent l'accent sur l'amélioration constante des systèmes internes d'encadrement du risque, les programmes d'observation volontaire diffèrent fondamentalement de l'approche réglementaire, laquelle cherche à faire observer ce qu'elle a préalablement défini comme étant, aux yeux de la société, la norme minimale en matière de prévention.

Dans la présente étude, nous passons en revue la manière dont les programmes d'observation volontaire sont appliqués en Grande-Bretagne, aux États-Unis et en Australie, leurs succès et leurs échecs, afin de fournir aux autorités législatives et réglementaires canadiennes non seulement des informations à caractère pratique, mais aussi un fondement théorique permettant d'édifier une stratégie de réforme réglementaire adaptée à la situation canadienne. En conséquence, nous n'examinons pas la situation actuelle au Canada dans le domaine réglementaire.

Notre rapport cherche à mettre en lumière les impondérables et les autres facteurs qu'il faudra prendre en compte si on veut améliorer l'efficacité des dispositions réglementaires. De façon plus particulière, nous examinons de quelle façon et dans

quelle mesure les corps législatif, exécutif et judiciaire ainsi que les agents de la Couronne exercent un contrôle extérieur sur les organismes de réglementation, et nous cherchons à évaluer l'ampleur du risque représenté par une industrie ou une activité en particulier. On a en effet constaté que la nature et les modalités de l'intervention des pouvoirs publics sont également fonction de l'aptitude de l'organisme concerné à élaborer, de façon spécifique, des stratégies d'atténuation des dommages propres à son cas particulier.

Précisons que si ces impondérables influent sur le rôle qui devrait incomber aux autorités réglementaires, ils affectent également la délégation de certaines responsabilités à des entités privées, de sorte que l'on peut soit assister à un partage de ces responsabilités entre le secteur public et le secteur privé, soit voir ce dernier en assumer certaines qui, jusque là, revenaient à l'État. En d'autres termes, et c'est là un autre aspect important dont nous traitons dans ce rapport, ces facteurs aléatoires pèsent sur la recherche d'un juste équilibre entre les secteurs public et privé.

1.2 Méthodologie

1.2.1 La démarche générale

La présente étude repose, dans une large mesure, sur une nouvelle analyse de données préexistantes. Comme nous l'indiquons dans la rubrique «Remerciements», nous avons été autorisés à puiser dans les comptes rendus d'entrevues et rapport préliminaires élaborés par l'*Oxford Centre for Socio-Legal Research* en Angleterre, par Mm. Peter Grabosky et John Braithwaite en Australie, et par Mm. Eugène Bradach et Robert Kagan aux États-Unis. Nous avons complété ces sources par des entretiens téléphoniques avec des représentants des autorités réglementaires et des personnes assujetties à la réglementation.

Le deuxième rapport de notre étude, intitulée An Inventory of Positive Complaince Programs in the U.K., Australia, and U.S.A., renferme une compilation de schémas réglementaires remontant à 1970. Nous y avons inclus des extraits de textes législatifs afin d'illustrer la manière différente dont les trois pays cités définissent les obligations juridiques.

L'analyse des schémas réglementaires que nous présentons dans cette première étude vise à mettre en lumière la façon dont ces trois pays diffèrent quant à leur approche à l'égard du rôle assigné à la réglementation, quant aux mesures d'incitation mises en oeuvre en vue de la réalisation des objectifs réglementaires, quant à la participation du public, quant à l'accent mis sur la marge discrétionnaire et quant à l'élaboration au cas par cas de critères d'exécution. Notre analyse prend également en

compte les analogies et les disparités entre les règlements qui régissent l'environnement, la santé et la sécurité au travail, la protection du consommateur et les droits de la personne.

En outre, le rapport passe en revue plusieurs études de cas, sélectionnées par le ministère de la Justice du Canada, parmi les schémas contenus dans l'inventaire préliminaire. Ces cas concernent davantage des programmes, voire des approches, plutôt que des entreprises considérées individuellement, l'analyse étant centrée sur des thèmes tels que la délégation du pouvoir réglementaire, la panoplie d'instruments utilisés pour créer des engagements exécutoires afin d'atténuer le tort causé, ainsi que le recours à l'autorisation et à la vérification pour mettre sur pied une autoréglementation responsable. En d'autres termes, il s'agit d'améliorer, par des mesures spécifiquement conçues, l'adéquation des normes de diligence raisonnable. Chaque fois que cela a été possible, nous avons interrogé les responsables de ces programmes ainsi que les parties concernées, afin de recueillir des évaluations détaillées des avantages et des inconvénients qu'offrent ces programmes.

Nous avons également jugé utile d'adjoindre, à la fin de cette étude, un glossaire reprenant la terminologie propre à ce domaine, qui risque de sembler étrangère au lecteur ou, sous des apparences ordinaires, de revêtir des nuances peu usitées.

1.2.2 Les études de cas

Notre analyse renferme douze études de cas, que nous résumons brièvement ci-dessous :

1. **The California Cooperative Compliance Program**

   et

2. **The Occupational Safety and Health Administration's (OSHA), Voluntary Protection Program, Star level**

Ces deux programmes explorent la manière de réglementer les grandes entreprises créatrices de risques élevés mais présentant des antécédents excellents en matière de respect des normes. Cette analyse met en relief le rôle que peuvent jouer les autorités réglementaires et les modalités d'incitation qui peuvent être employées pour encourager une entreprise qui s'est déjà dotée des connaissances, de l'expérience et des technologies nécessaires, à continuer d'investir pour améliorer la prévention et la réduction des dommages.

3. OSHA's Consultation Exemption Program

Ce programme concerne les petites entreprises à haut risque et prend en compte la manière dont le rôle réglementaire diffère lorsqu'il s'applique à de petites entreprises. L'objectif consiste à améliorer les systèmes internes mis en place par ces dernières afin de réduire plus efficacement les dommages. L'étude de cas analyse la façon dont le diagnostic et la conception contribuent à cet objectif.

4. The British Health and Safety Executive's Self-Regulation of Occupational Health and Safety, mis sur pied pour les employeurs et le personnel en Grande-Bretagne

La commission Robens a soutenu que l'on pourrait améliorer la sécurité en laissant les employeurs élaborer les définitions relatives à la diligence raisonnable, ainsi que les programmes de sensibilisation à la sécurité. Cette approche préconise de laisser les employeurs et les employés assumer conjointement la responsabilité de la surveillance et de l'application, les autorités réglementaires assistant alors les employeurs de leurs conseils. Cette étude explore les moyens que pourrait utiliser l'autoréglementation et cherche à en apprécier l'efficacité.

5. La loi américaine du «Superfund»

Cette loi s'appuie sur la responsabilité conjointe et individuelle des responsables de dépôts toxiques, en les obligeant à atténuer le préjudice engendré par les sites où sont déposés les déchets toxiques. La loi du Superfund tient les créateurs de risques responsables de la conception, de la mise en oeuvre et du financement de mesures correctrices et leur permet, s'ils le désirent, de déléguer la responsabilité en matière de conception et de mise en oeuvre au secteur public, tout en restant responsables sur le plan financier. Toute entente obtenue par voie de négociation est soumise à examen public et à autorisation de la part de l'*Environmental Protection Agency (EPA)*, et à une supervision judiciaire qui confère un caractère exécutoire à l'accord. L'étude porte sur le partage des responsabilités entre les créateurs de risque et les pouvoirs publics, ainsi que sur le rôle que joue la médiation dans la recherche d'un règlement négocié.

6. La médiation des différends entre commerçants et consommateurs

Les autorités réglementantes sont souvent favorables à des modalités novatrices de solution des différends. Il faut toutefois souligner que cette approche met l'accent sur un examen au cas par cas, ce qui ne favorise pas les stratégies réglementaires axées sur des typologies de préjudices, lesquelles se

trouvent à la racine des conflits répétitifs entre les commençants et leurs clients. L'étude de cas met en relief la distinction entre l'indemnisation des victimes et l'atténuation des préjudices.

7. Le régime d'accréditation Hallal

Le régime d'accréditation Hallal délègue aux pouvoirs publics désireux d'élargir les perspectives d'exportation la responsabilité de veiller à ce que les fabricants de leur pays se conforment aux pratiques et aux normes prescrites par les acheteurs étrangers. Le pays importateur se charge de tester les produits - en l'occurrence, la viande exportée par l'Australie - et d'en vérifier la conformité. Tant l'importateur que l'exportateur peuvent avoir recours à la désaccréditation afin d'obtenir le respect des règles, l'octroi et la révocation des privilèges constituant ainsi le thème central de cette étude de cas.

8. L'industrie minière australienne

Partant de l'hypothèse qu'en s'appuyant sur des définitions normalisées de la notion de diligence raisonnable, on aboutit à une réglementation inadaptée à la très grande variété de situations que présentent les nombreuses exploitations minières australiennes, ce programme permet à ces dernières d'établir leurs propres règles, sous réserve d'autorisation et de vérification de la part des ministères responsables du secteur minier dans chacun des États. En vertu de ce régime, il incombe au directeur accrédité d'une exploitation minière d'en assurer l'exploitation sécuritaire; en cas de préjudice, il s'expose au retrait du certificat de compétence requis pour l'exercice de cette fonction. La conformité fait l'objet d'une surveillance conjointe de la part de la direction et des employés; quant aux autorités réglementantes, elles vérifient régulièrement l'application des règles et aident, par leurs conseils, à l'amélioration des stratégies de réduction des dommages. Cette étude vise principalement à évaluer l'efficacité d'une autoréglementation responsable.

9. Les contrats de franchise

En vertu de cette approche typiquement australienne, des ententes sont négociées entre une entreprise potentiellement créatrice de risque et les pouvoirs publics. Cette entente, ainsi que toute modification ultérieure, est soumise à l'approbation du Parlement. Le contrat de résultat ainsi négocié devient un instrument exécutoire qui précise les obligations de chacune des parties. Cette étude de cas est axée sur la participation du public au processus.

10. Les commissaires chargés d'enquêter

Le système des commissaires chargés d'enquêter est une autre méthode visant à prévenir les inquiétudes des victimes potentielles, en faisant appel à la participation du public; cette méthode a été employée en Grande-Bretagne et en Australie afin de résoudre les controverses liées à certains projets. Le commissaire est chargé de préconiser au ministre responsable un ensemble de conditions qui, imposées au requérant, auraient pour effet de réduire les risques pour le site concerné, et d'adopter des mesures d'urgence permettant de faire face à l'hypothèse la plus pessimiste. Citons, parmi les mesures que l'on pourra incorporer au scénario, le suivi de l'incidence, la planification de mesures spéciales et la fourniture d'une garantie financière couvrant les risques subis par l'environnement[3]. Cette méthode vise à tempérer l'opposition de la population locale à l'implantation d'installations à haut risque, en garantissant que les effets feront l'objet d'une surveillance et que le requérant a les moyens et la volonté d'atténuer un préjudice éventuel.

11. Le Commission australienne des pratiques du commerce (*Australian Trade Practices Commission*)

Ce processus d'autorisation, adopté par la Commission australienne des pratiques du commerce, vise à identifier les hypothèses les plus pessimistes en matière de risques auxquels pourraient être exposées certaines personnes, dans le cas où une exemption «d'intérêt public» serait accordée à l'égard des obligations réglementaires. La Commission est habilitée à refuser cette autorisation ou à exiger, comme préalable, que soient adoptées des mesures pour faire face aux imprévus. Précisons, toutefois, qu'en l'absence d'un suivi des effets par la Commission, l'autorisation ne pourra être révoquée que si elle est réclamée par les catégories affectées, de sorte que les obligations ne sont pas exécutoires. Cela dit, outre le fait que ce système vise à éviter les conflits, il a contribué à mieux éclairer la nature de l'opposition manifestée par le public.

12. Les permis transférables de pollution atmosphérique

Ce système, très largement critiqué, vise à réduire les coûts que représente, pour les créateurs de risque, l'observance des règlements régissant la qualité de l'air. Selon ce régime, les normes de conception sont remplacées par des normes de résultat, et l'on établit des droits transférables afin de permettre aux créateurs de risque exploitant des installations localisées dans plusieurs endroits de répartir, de façon sélective, les émissions entre ces installations; on autorise même l'exploitatant à revendre à des confrères les «unités de pollution» qu'il aura pu accumuler en surpassant les normes minimales. Cette approche a permis au secteur privé de réaliser des gains substantiels, mais elle a entraîné des

pertes tout aussi substantielles pour la collectivité. En outre, elle aboutit à une répartition encore plus inéquitable du préjudice causé. Cette étude de cas illustre les dangers du déséquilibre auquel on s'expose lorsqu'on cherche, avec un zèle excessif, à réduire les coûts du créateur de risque et que l'on néglige ceux encourus par les catégories particulièrement exposées, ainsi que le public en général.

Les études de cas présentées plaident pour un recours à l'autoréglementation non pas comme substitut, mais comme complément des directives réglementaires. En effet, une délégation accrue de responsabilité au secteur privé n'est pas sans entraîner des coûts, car la vérification efficace qui s'impose, si l'on veut protéger l'intérêt public, est à la fois onéreuse et perturbatrice, de même que les pratiques visant à assurer l'équité de la procédure et de la loi.

Ces études aident à mieux comprendre le rôle de la participation du public au processus réglementaire et soulignent à quel point il est important de surveiller de près non seulement les dommages causés, mais les coûts associés à leur réduction. Tout au long de l'analyse, nous évoquons différentes approches visant à la mise en place d'obligations exécutoires.

1.3 Vers une stratégie de l'observation volontaire pour le Canada

Le risque inhérent à l'observation volontaire tient à l'idée que la réglementation gagnera en efficacité si les autorités usent de persuasion plutôt que de recourir à la sanction. C'est là une «démarche britannique» beaucoup plus qu'une «démarche américaine». Il est vrai que la littérature spécialisée a récemment souligné la façon dont, aux États-Unis, on a mis l'accent sur la sanction et sur l'aspect contentieux, tandis qu'en Grande-Bretagne on a davantage privilégié la persuasion et la concertation[4]; il n'en demeure pas moins que les Américains ont encore recours à un très large éventail de moyens pour l'application des règles, la prévention ou l'atténuation du préjudice. Il faut également remarquer que les Britanniques se préoccupent moins que les Américains ou les Australiens d'équité de la procédure et de la loi. En réalité, la distinction entre sanction et persuasion est moins importante que la rapidité, l'uniformité et la garantie d'effets qui caractérisent les mesures incitatives, ainsi que la propension à choisir des incitations qui tiennent compte tant des antécédents d'une entreprise en matière de conformité, que de l'ampleur du risque et du préjudice occasionnés. De même, ce n'est pas le recours à la persuasion qui atténue le caractère conflictuel et contentieux, mais bien l'attention que l'on porte à l'équité.

On peut supposer que l'aspect le plus important de l'observation volontaire est constitué par l'attention portée à la confection des règlements et au processus de mise

en oeuvre. Il semble donc plus fructueux de s'interroger sur la façon dont on peut éviter la surréglementation aussi bien que la sous-réglementation, plutôt que de s'évertuer à réduire les coûts immédiats de la réglementation. Il ne s'agit donc pas de se demander s'il faut ou non réglementer, mais plutôt de se demander quels changements s'imposent dans les relations entre les diverses parties au processus réglementaires si l'on souhaite que les dommages soient atténués de façon plus rapide, plus équitable et plus efficace.

L'objectif de la conformité volontaire consiste donc à restructurer les relations, et non pas à réduire les coûts immédiats. La relative stérilité du débat actuel sur la réglementation tient en partie à l'attention excessive que l'on a accordée à l'opposition entre coûts immédiats et coûts à long terme, au détriment d'un effort visant à atténuer le préjudice de façon équitable. C'est pourquoi la stratégie du Canada en la matière devra se garder d'ériger les économies à court terme comme critère de succès et mettre au premier plan l'équité et la réduction du préjudice.

Les recommandations contenues dans le dernier chapitre du présent rapport s'inspirent des enseignements découlant des expériences américaine, britannique et australienne, et ont pour objet de guider les autorités réglementaires canadiennes auxquelles il incombe de mettre en oeuvre un régime efficace au sens le plus complet du terme.

2.0 LA RÉFORME RÉGLEMENTAIRE ET L'OBSERVATION VOLONTAIRE

2.1 La nature de la réglementation

Le moyen traditionnellement employé par les entreprises, les organisations et les particuliers, pour régir leurs relations, est le contrat de droit privé. La réglementation intervient lorsque la société juge que ce type de contrat ne permet pas de gérer un réseau d'interdépendances complexes, en l'occurrence la relation entre les créateurs de risque et ceux qui supportent ce risque. On peut, par exemple, se trouver en présence d'un nombre excessif de parties, représentant des intérêts trop divers pour qu'il soit possible de négocier des contrats; ou encore, la complexité des concessions réciproques interdit de définir les obligations mutuelles des parties. C'est dans ce genre de circonstances que l'État vient compléter les contrats privés au moyen d'une réglementation, si bien que les obligations réciproques des parties, définies par la puissance publique, prennent effet grâce à la conjugaison de mesures d'ordre public et d'ordre privé.

La nature de l'interdépendance entre les groupes concernés influe sur l'élaboration de la réglementation par le gouvernement. En effet, plus les créateurs de risque sont sensibles à l'incidence de leurs activités sur autrui, qu'elles soient bénéfiques ou préjudiciables aux parties existantes ou aux générations futures, moins le besoin d'une réglementation se fait sentir. De même, plus les technologies et les procédures d'application des obligations spécifiques à l'entreprise sont fiables - en d'autres termes, plus le système interne de contrôle est efficace - moins il est nécessaire de prévoir une réglementation édictée par les pouvoirs publics. En conséquence, lorsque les entreprises ou les particuliers, optant pour des solutions de type «système ouvert», limitent de façon volontaire et constante les coûts ou les préjudices que leurs activités causent à autrui, le besoin d'une réglementation d'ordre public se fait moins sentir et l'on peut gérer efficacement l'interdépendance au moyen de simples contrats privés.

On voit donc que les organismes privés, les citoyens, les pouvoirs publics et les autorités réglementaires constituent un ensemble en interaction. Ainsi, l'organisation des processus de production d'une entreprise peut causer du tort aux membres de cette entreprise ou aux personnes extérieures, ou au contraire leur bénéficier. Quant à la production même d'une entreprise - c'est-à-dire la forme qu'elle prend et sa qualité, la manière dont ses produits ou ses services sont commercialisés, ainsi que le flux d'emplois ou de capitaux ainsi créés - elle pourra léser ou au contraire avantager les tiers en raison de l'interdépendance ou des liens entre les entreprises, les ménages et les pouvoirs publics. C'est pourquoi l'élaboration de mesures correctrices adéquates en cas de préjudice ne devrait pas être une responsabilité purement privée, mais une

responsabilité conjointe ou publique. De la même façon, le coût de mise en oeuvre des mécanismes visant à réduire les préjudices actuels, à indemniser ceux infligés par le passé et à en prévenir de nouveaux, devrait être supporté conjointement par les auteurs du préjudice, par ses victimes et/ou par la société. Cependant, on n'a guère accordé d'attention, jusqu'ici, au principe qui devrait servir à déterminer ou à régir la répartition des responsabilités entre les différentes parties.

Les objectifs principaux de la réglementation peuvent être énoncés simplement de la façon suivante :

1) empêcher le préjudice, et

2) indemniser et réduire de façon systématique le préjudice lié à des actions antérieures.

Conformément à ces objectifs, l'appareil réglementaire et ses agents doivent s'engager, par avance, à indemniser le préjudice dans les cas où la prévention serait inopérante. Afin d'encourager l'observation de ces objectifs, il faut prévoir une panoplie d'incitations permanentes encourageant les entreprises à repenser leur processus de production et à gérer efficacement la réduction du préjudice.

2.2 La réforme réglementaire au Canada

2.2.1 La nécessité d'un changement

Au cours des dernières années, l'activité réglementaire déployée pour prévenir et atténuer les dommages a été abondamment critiquée, tant pour son volume que pour sa qualité. Les détracteurs soutiennent que, outre le fait que les coûts imposés par les mesures gouvernementales au secteur privé sont excessifs, le gouvernement, dans son effort pour déceler et surveiller les activités dommageables, réunir et analyser les données, définir les obligations minimales auxquelles doivent se conformer les entreprises et limiter l'éventail des options qui leur sont offertes pour garantir l'observation de normes minimales, a outrepassé son rôle et a versé dans l'ingérence. Il semble donc nécessaire de procéder à une réforme réglementaire visant à restreindre l'intervention des pouvoirs publics.

2.2.2 La réaction des pouvoirs publics

En réponse aux revendications concernant une réforme réglementaire, le gouvernement du Canada a énoncé une série de principes directeurs applicables à la

confection de textes réglementaires de ressort fédéral. En vertu de ces principes, le recours à la réglementation se justifie uniquement lorsque la concurrence sur les marchés est insuffisante, ou lorsque la protection de l'État est jugée inadéquate, en d'autres termes, lorsqu'il y a préjudice excessif. Les rédacteurs de textes réglementaires ont pour consigne de réduire autant que possible l'ingérence gouvernementale et d'opter pour des méthodes réglementaires ayant pour effet d'intensifier la concurrence internationale ainsi que le jeu des forces du marché, de favoriser la création d'emplois et d'encourager l'esprit d'entreprise. Il faut éviter de surcharger les entreprises, quelle que soit leur taille, et réduire autant que faire se peut les délais de réaction des autorités de tutelle. Quant aux pouvoirs en matière d'application et de sanction, ils doivent être proportionnels à la gravité de la violation.

Il semble que le gouvernement soit décidé à améliorer la qualité de la réglementation en tenant compte de façon plus approfondie de l'opinion et en consultant les organismes publics et le Parlement à propos des mesures d'ordre réglementaire envisagées. Il s'efforce, par ailleurs, d'améliorer la coordination intergouvernementale et au sein de ses propres ministères, tout en renforçant l'équité de la procédure et de la loi. Il est aujourd'hui prêt à reconnaître que les autorités réglementaires ne doivent pas négocier de façon unilatérale les normes d'exécution; de plus, lorsqu'il étudie de nouvelles propositions de règlements, il considère que le fardeau de la preuve repose sur les partisans d'un alourdissement de la réglementation. Enfin, le gouvernement actuel cherche à obtenir le consensus tant en ce qui concerne la gravité du préjudice causé que sur les méthodes appropriées visant à le réduire.

2.2.3 Les insuffisances des nouveaux principes

Il faut observer que toutes ces prescriptions partent de l'hypothèse que le principal problème posé par la réglementation tient au fait que les entreprises sont asphyxiées par un carcan trop serré de dispositions. Or, on ne se préoccupe guère de l'inefficacité des règlements comme mécanisme protecteur, ni des problèmes inhérents à la sous-réglementation, non plus que de l'inefficacité des vérifications gouvernementales censées assurer que les obligations sont respectées et que le préjudice est atténué. On souligne, au contraire, les objectifs du secteur privé et les coûts supportés par ce dernier, en rejetant à la périphérie la recherche d'une réglementation sous-tendant adéquatement les objectifs sociaux ainsi que les coûts supportés par le secteur public.

En dépit du fait que la stratégie du gouvernement actuel reconnaît que les pénalités doivent traduire le jugement plus ou moins sévère porté par la société sur les différentes formes de préjudice, l'accent qui est mis sur la dissuasion tend à détourner l'attention de la nécessité de s'attaquer systématiquement au volume des dommages causés et à leur répartition, en élaborant des pénalités et des mesures incitatives

propres à encourager «l'observation volontaire» à des normes raisonnables en matière d'exécution.

Ces principes, tout en précisant les priorités que le gouvernement entend voir privilégier par les autorités réglementaires, ainsi que les concessions attendues de ces dernières, manquent leur cible car ils n'énoncent pas les méthodes permettant de s'appuyer davantage sur un encadrement d'ordre privé plutôt que d'ordre public. Ils ne s'interrogent pas, notamment, sur la façon dont on peut encourager non seulement la perspective offerte par un «système ouvert» et, partant, les mesures visant à limiter de façon volontaire et uniforme le coût de certains comportements, et ne précisent pas davantage quels types d'instruments réglementaires encourageront ces objectifs et contribueront à modifier le volume et la nature des réglementations.

2.3 L'observation volontaire : une solution novatrice

2.3.1 Objectifs et structure

L'observation volontaire est une approche, en matière de réglementation, qui met au premier plan un contrôle social tourné vers la conciliation[5]. Elle est basée sur l'exécution des obligations dont les entreprises et les particuliers reconnaissent qu'elles sont nécessaires à des relations harmonieuses entre eux. L'observation volontaire s'appuie sur un contrôle du comportement visant à améliorer la prévention du préjudice, en cherchant à restaurer les relations porteuses de conséquences dommageables[6]. Mais l'observation volontaire englobe également le redressement des torts antérieurs dus à une insuffisance de la prévention.

Il ne s'agit pas, pour l'observation volontaire, d'obtenir le respect de normes minimales, mais plutôt d'inciter le secteur privé à investir et à s'investir pour réduire de façon systématique le préjudice causé. En vertu d'une telle approche, la conformité est obtenue au moyen d'une stratégie linéaire : les décisions suivent une progression graduée et ressemblent davantage à un processus continu qu'à un fait ponctuel[7]. Quant aux poursuites, elles constituent un dernier recours lorsque tous les autres moyens ont échoué.

L'observation volontaire est généralement opposée à la répression pénale, qui s'appuie sur l'interdiction et sur la sanction. Les interdictions prohibent certains actes au nom du bien individuel et/ou du bien d'autrui; la violation d'une prohibition déclenche l'application d'une pénalité, qui se veut une déclaration d'ordre moral signifiant la réprobation de la société à l'égard d'un comportement irresponsable et sa détermination à en empêcher le renouvellement. Les sanctions en cas de non-observance, ainsi que le caractère inéluctable de leur application, visent à dissuader le

coupable de récidiver, et les autres de l'imiter[8]. En revanche, l'observation volontaire nécessite que l'on privilégie la réparation du dommage causé par rapport à l'application d'une pénalité pour violation des normales sociales en vigueur.

Les programmes d'observation volontaire cherchent à prendre acte du fait que certains particuliers et certaines entités optent d'eux-mêmes pour la prévention ou l'indemnisation du préjudice, car il y va de leur intérêt. Ainsi, dans la mesure où le coût des technologies et des protocoles qui y contribuent demeure relativement faible, où leur mise en oeuvre est simple et où les inspections d'entretien réduisent de façon substantielle les risques de lésions pour le personnel, de nombreuses entreprises adopteront de façon volontaire les procédures recommandées[9]. On voit donc que l'observation volontaire cherche à mettre sur pied une structure d'incitation qui encouragera un nombre croissant de particuliers et d'entités à agir volontairement de façon responsable, ce qui permet au gouvernement d'user de son autorité pour renforcer plutôt que pour réorienter l'action du secteur privé.

L'observation volontaire encourage les entreprises à investir dans les méthodes et dans les moyens aboutissant à réduire, selon un processus ininterrompu, l'incidence préjudiciable de leurs activités pour autrui. En élaborant, grâce à un programme d'observation volontaire, des systèmes internes de contrôle plus efficaces et plus souples, on renforce la compétitivité à l'échelle internationale, on améliore le fonctionnement des mécanismes du marché de même que la qualité du travail et on encourage l'esprit d'entreprise. En contribuant à repenser la gestion et l'organisation des processus de production, l'observation volontaire peut stimuler l'innovation et l'ouverture de l'entreprise au changement, améliorer la qualité de vie et celle du milieu de travail, augmenter la valeur de la production et promouvoir une meilleure utilisation des ressources humaines, financières et matérielles. Il importe toutefois de souligner qu'il s'agit là d'avantages découlant d'une gestion efficace de l'interdépendance procédant d'une démarche qui ne se donne pas comme objectif principal la croissance à un rythme soutenu.

2.3.2 Les conséquences de la mise en oeuvre

La mise en oeuvre d'un programme d'observation volontaire influe sur les relations qu'entretiennent toutes les parties au sein d'un régime réglementaire. En effet, on demande aux entreprises privées, aux citoyens, aux pouvoirs publics et aux autorités réglementantes de collaborer à la formulation de normes, à la conception de techniques d'assainissement, et à la surveillance des résultats. Nous examinerons les conséquences du recours à l'observation volontaire dans quatre domaines essentiels :

1) la gestion de l'interdépendance;

2) la collecte des données et l'accès à l'information;

3) l'équilibre des mesures correctrices; et

4) l'application.

2.3.2.1 La gestion de l'interdépendance

Comme on l'a déjà vu, l'interdépendance se rapporte à la façon dont le comportement de certains organismes affecte les tiers, voire les générations futures. En gérant l'interdépendance, l'observation volontaire modifie le rôle dévolu au secteur privé comme au secteur public, rôle qui est actuellement sous-tendu par deux modèles :

1. **le modèle de droit privé :** selon cette optique, un contrat est passé entre les parties en cause et, s'agissant d'interdépendance simple, il représente un mécanisme de réglementation efficace.

2. **la réglementation autoritaire :** cette approche s'appuie sur le modèle du droit public, en vertu duquel le gouvernement établit les règles auxquelles doivent se conformer les autres parties.

Cependant, une nouvelle approche s'impose en matière de protection du public :

3. **le modèle mixte (public/privé) :** ce modèle traduit l'approche de l'observation volontaire en matière de réglementation. Nous l'examinons ci-dessous de manière détaillée.

Les différences entre ces modèles sont décrites au tableau 1.

L'observation volontaire implique un retour partiel au droit privé ou au modèle du contrat pour la gestion des interdépendances. Cette démarche reconnaît cependant la nécessité d'une surveillance exercée par les pouvoirs publics sur les activités des entités privées - créatrices de risque - afin d'assurer la convergence entre les priorités d'ordre public et celles d'ordre privé. Elle prend également acte de la diversité de l'intérêt public et de l'incapacité du gouvernement à en représenter valablement tous les éléments. En effet, privées d'une large participation du public, les autorités réglementantes risquent de ne pas avoir la compétence leur permettant de prévoir avec précision les conséquences de méthodologies rivales; en conséquence, le modèle mixte assigne une responsabilité conjointe aux pouvoirs publics et à la population lorsqu'il s'agit de définir, de mettre en oeuvre et d'affiner ce que l'on appelle «l'intérêt public».

Tableau 1 Les trois modèles juridiques du processus réglementaire

	Droit privé/Modèle du contrat	**Droit public/Modèle de la dissuasion**	**Modèle mixte/ observation volontaire**
Par voie de négociation, les parties conviennent du résultat à atteindre et du délai pour l'atteindre.	Privé. Pas de participation des autorités/du public.	Pouvoir public/Pas de participation privée.	Participation des pouvoirs publics/des entités privées avec droit de veto gouvernemental.
Les parties précisent à l'avance les normes d'exécution qui seront appliquées.	Privé. Pas de participation des autorités/du public.	Pouvoir public/Pas de participation priv/e.	Le secteur priv/ propose, le gouvernement autorise.
Les parties fixent à l'avance l'indemnisation et les mesures correctrices en cas d'exécution partielle, inopportune ou inadéquate. Mesures incitatives pour encourager l'exécution en temps voulu.	Privé. Pas de participation des autorités/du public.	Mesures fixées après coup et non avant.	Le secteur privé propose, le gouvernement autorise.
Surveillance et constat de non-exécution.	Privé. Pas de participation des autoriités/du public.	Plaintes des pouvoirs publics et de la population.	Gouvernement largement assisté par les entités privées et le public.
Pleine application du plan d'atténuation.	Privé. Pas de participation des autorités/du public.	Responsabilité du gouvernement.	Gouvernement et public.
Application des modalités de l'accord.	Gouvernement	Gouvernement	Gouvernement

On voit donc que le modèle de l'observation volontaire permet davantage que le modèle dit de droit public une participation véritable de la population à une définition de «l'intérêt public» et aux négociations touchant les compromis nécessaires. L'observation volontaire ne prévoit qu'une délégation partielle, au gouvernement, de la responsabilité à l'égard de «l'intérêt public». Elle suppose qu'il existe un consensus relatif sur la notion de comportement acceptable par la société, et admet également que le choix des instruments de réglementation visant à réaliser l'intérêt public affectera la répartition des succès et des échecs engendrés par l'action - ou l'inaction - du gouvernement.

Le modèle mixte d'observation volontaire reconnaît l'importance de la souplesse nécessaire à la création de systèmes efficaces de contrôle de l'exécution et, de ce fait, emprunte les meilleures approches aux modèles existants. Tout comme le modèle de droit privé, le modèle mixte préconise que les entités privées assujetties à une réglementation jouent un rôle aussi important que possible dans l'élaboration de stratégies de conformité et d'atténuation du dommage. En effet, si seules les autorités réglementantes sont habilitées à élaborer ces stratégies, les créateurs de risque n'auront guère la possibilité de développer un savoir-faire dans ce domaine. Or, en l'absence d'une capacité autonome, le réaménagement permanent des processus productifs et des systèmes internes de contrôle n'aura pas lieu, et l'efficacité des technologies et des protocoles de contrôle sera attaquée par l'entropie. Du modèle de droit public découle l'hypothèse que le corps social devrait également participer activement. Cependant, en l'absence d'une responsabilité publique, les activités des industries réglementées, de même que la répartition et l'importance du préjudice causé, demeureront inconnus et le processus d'atténuation sera entravé. C'est pourquoi il importe que la réforme réglementaire fasse appel à la participation des ressources publiques comme des ressources privées.

Cela étant établi, la participation du gouvernement à la gestion des interdépendances demeure nécessaire. L'intervention des pouvoirs publics sur les mécanismes du marché n'a jamais posé problème; on a plutôt reconnu la nécessité de repenser et de redéfinir le rôle des secteurs public et privé dans la gestion des interdépendances, et de parvenir à un déploiement efficace de leurs ressources respectives.

Vers la fin des années 70 et le début des années 80, on voyait dans la déréglementation la solution aux frustrations engendrées par la réglementation en vigueur, d'où l'insistance sur l'évolution du rôle de l'État et la limitation de son ingérence dans le fonctionnement du marché. Malheureusement, la déréglementation devait engendrer bon nombre des maux que la réglementation cherchait à atténuer. À titre d'exemple, la déréglementation du transport aérien aux États-Unis a intensifié la concurrence prédatrice, conduisant à la sous-capitalisation de nombreuses entreprises. Cette sous-capitalisation devait non seulement empêcher la mise en place des mesures

de sécurité rendues possibles par le progrès technique[10], mais provoquer également le déclin rapide de la compétitivité du secteur. On voit donc que la déréglementation a eu pour effet d'abolir les avantages initiaux acquis par les passagers dans les grands centres urbains, sans pour autant remédier à l'augmentation des coûts et à la réduction du service imposés aux habitants des régions excentrées.

Le gouvernement fédéral canadien, désireux de progresser vers un modèle mixte de réglementation, a promulgué le «Code du citoyen - équité en matière de réglementation», qui habilite les citoyens à critiquer les stratégies d'atténuation et à préconiser aux autorités réglementaires certaines améliorations à ces stratégies. Ce processus a pour objet de susciter des convergences de priorités et de favoriser le consensus sur les notions de compromis acceptable ou inacceptable. Cependant, le Code n'appréhende pas pleinement le rôle que pourrait jouer le citoyen dans la surveillance de la création de préjudices et dans la négociation d'accords spécifiques d'atténuation; en effet, le gouvernement fédéral fait de cette activité sa chasse gardée, ou celle de ses rédacteurs de règlements. Les auteurs du Code n'ont pas davantage compris que les citoyens, tout comme les entités réglementées, accèdent à un rôle plus actif lorsqu'un modèle de droit public est entièrement remplacé par un modèle mixte.

Par ailleurs, les «principes directeurs»[11] actuellement mis en oeuvre par le gouvernement fédéral pour la confection de textes réglementaires ne répondent pas non plus aux notions contenues dans le modèle d'observation volontaire. C'est ainsi que l'un des principaux objectifs des programmes d'observation volontaire, à savoir la prévention du préjudice, ne reçoit que la portion congrue aux termes des «principes directeurs», lesquels soulignent exagérément les coûts engendrés par l'application de mesures préventives au demeurant fort modestes. Les «principes directeurs» n'accordent qu'une attention insuffisante à l'élaboration de mesures incitatives destinées à encourager l'amélioration constante des stratégies d'atténuation et éludent le fait que, lorsque les entreprises négligent la prévention et ne compensent pas les dommages causés, les coûts en sont supportés par le public et par l'État.

Il importe que la réforme réglementaire ne se contente pas de réduire les coûts imposés au secteur privé et vise à une meilleure utilisation des ressources publiques comme des ressources privées.

2.3.2.2 L'équilibre des mesures correctrices

Le modèle de l'observation volontaire part de l'hypothèse qu'il existe un équilibre des mesures correctrices entre les parties interdépendantes. En d'autres termes, les décisions prises en matière réglementaire pour appliquer des mesures de prévention et d'atténuation des dommages prennent pleinement en considération les intérêts privés et l'intérêt public. En effet, lorsque des intérêts d'ordre public ou privé

l'emportent sur ceux de l'autre partie, il y a rupture de l'équilibre dans les mesures correctrices et l'application de l'observation volontaire en pâtit.

L'inadéquation du cadre réglementaire

L'inadéquation du cadre réglementaire correspond à un déséquilibre, celui de la prééminence des intérêts privés sur l'intérêt public. M. F.J. Thompson (1982) distingue trois sources d'inadéquation du cadre réglementaire : la déréglementation des objectifs, celles des normes et celle de la mise en vigueur.

Il y a déréglementation des objectifs lorsque les autorités exonèrent certains groupes ou catégories de l'application des dispositions réglementaires. Quant à la déréglementation par les normes, elle consiste à remplacer une définition rigoureuse de la notion de diligence raisonnable par une définition moins exigeante. Étant donné que la stratégie actuelle du gouvernement en matière de réforme réglementaire est basée sur l'hypothèse erronée selon laquelle il faut remédier à une saturation réglementaire, la déréglementation par les objectifs et par les normes est à l'ordre du jour.

La déréglementation de l'application survient lorsque les pratiques de mise en vigueur ne suffisent pas à obtenir des groupes visés qu'ils se conforment aux dispositions législatives ou aux normes. Cette situation peut survenir lorsque les moyens pour faire respecter les normes viennent à manquer en raison de l'inadéquation des ressources réglementaires, ou encore parce que les autorités n'ont pas la volonté ni le pouvoir de poursuivre les infractions et d'en exiger l'atténuation. Ajoutons que lorsqu'il demeure impuni, le non-respect des règles, qu'il soit d'origine interne ou externe, vient conforter la déréglementation de l'application. Or, ce phénomène constitue un problème majeur au Canada.

Lorsque la non-conformité reste sans réaction de la part des organismes responsables, ces derniers risquent de perdre de vue qu'il leur incombe de gérer l'interdépendance. De ce fait, l'une des parties risque d'être privilégiée aux dépens des autres. L'État devient alors créateur de catégories, les privilégiés et les défavorisés, plutôt qu'un agent impartial cherchant à faire profiter toutes les parties d'une solution équitable de leurs différends. En outre, le public se retrouve perdant lorsque certains contrevenants se voient exonérer de leurs obligations envers la société. Lorsque le public n'a pas accès aux données, il n'y a aucun moyen de savoir quelles conséquences peut avoir, pour la population, une décision des autorités concernant le quantum et la répartition des dommages qu'il lui faudra supporter. L'équité sur le fond en est affaiblie, de même que l'observation volontaire, étant donné que les mesures incitatives ne sont pas réparties de façon homogène, en fonction de l'ampleur des mesures d'atténuation et de leur degré de certitude.

Le modèle britannique d'observation postule que tous les agents des autorités réglementantes sont de purs fidéicommis[12], capables de négocier, avec les entités réglementées, des solutions aux risques considérés comme intolérables pour le public. Ainsi, lorsqu'ils décident de ne pas poursuivre un contrevenant, les agents réglementaires ne sont pas tenus de justifier leur décision, ni de publier les données découlant de leur surveillance ou leur interprétation, ni encore de dire quelles sont leurs prévisions quant aux améliorations du système de prévention et d'atténuation des données. Enfin, les agents réglementaires ne doivent pas rendre compte de leurs prévisions à leurs supérieurs hiérarchiques, même si la population, considérée dans ses composantes et dans son ensemble, risque de pâtir du laxisme des autorités.

La surréglementation

La sous-réglementation peut facilement se transformer en surréglementation, c'est-à-dire un état de déséquilibre marqué par la prééminence de l'intérêt public sur les intérêts privés. En effet, plus l'autorité réglementante est encline à la mansuétude, plus il est probable que les citoyens, soucieux d'obtenir des mesures d'atténuation plus efficaces, exigeront que l'on exerce un contrôle externe plus serré sur les organismes responsables, afin de délimiter leur marge discrétionnaire. À cette fin, plusieurs moyens seront employés, tels que les recherches entreprises par les citoyens et les syndicats, la publicité, et une surveillance accrue de la part du législatif et/ou de l'exécutif. C'est ainsi qu'aux États-Unis, l'*Occupational Safety and Health Administration (OSHA)* a été placée sous étroite surveillance, afin de réduire la proportion des infractions non poursuivies.

De nombreux écrits ont été consacrés aux effets nocifs de la surréglementation, parmi lesquels :

- une tendance à la rigidité et aux réactions trop promptes ou excessives[13];
- des relations conflictuelles entre les entreprises et les organismes réglementants, ce qui limite l'accès de ces organismes aux données pertinentes[14] et augmente les risques de voir les entreprises mettre en cause, devant les tribunaux, la légitimité des mesures réglementaires;
- une réorientation des fonds jusque-là consacrés à l'acquisition de techniques d'assainissement, au profit des prestations de conseillers juridiques[15];
- incapacité de s'entendre sur les normes;
- la revendication croissante de mesures plus sévères au plan de la loi, des pénalités et des mesures d'application;

- le recours à des agents réglementaires moins qualifiés, notamment pour ce qui est de concevoir des stratégies d'atténuation, et disposant d'un moindre prestige auprès des entreprises; ces agents seront évalués en fonction du nombre d'injonctions émises plutôt que de la qualité de l'atténuation obtenue.

On voit se former des relations conflictuelles lorsqu'il n'y a guère de convergence entre les postulats, les priorités et les prévisions des entités réglementées, des organismes responsables et des bénéficiaires virtuels de la réglementation. On s'expose alors à des controverses acharnées à propos des compromis considérés comme acceptables ou inacceptables, et toute action - ou inaction - du gouvernement sera perçue comme créant des catégories de privilégiés et de défavorisés. Plus les disparités sont marquées entre les «gagnants» et les «perdants», plus on risque de voir la compétence de l'organisme réglementant et la légitimité de ses méthodes contestées devant les tribunaux, mais aussi devant le corps législatif et l'exécutif gouvernemental.

Si ces mises en cause conduisent à un resserrement des contrôles externes, la marge discrétionnaire de l'autorité réglementante ne manquera pas de s'en trouver rétrécie, à mesure que son pouvoir sera assujetti à une centralisation accrue. Selon la manière dont ce pouvoir sera encadré, on assistera à un phénomène de surréglementation ou de sous-réglementation, et certains intérêts seront privilégiés plutôt que d'autres, avec comme corollaire un affaiblissement probable du consensus et une aggravation du caractère conflictuel des relations[16].

En cas de surréglementation, l'organisme réglementant se voit constamment obligé de surveiller l'observation, par les entreprises, des normes fixées par le gouvernement et se trouve, de ce fait, principalement cantonné dans un rôle d'agent d'application. Il ne peut, dans de telles conditions, aider les entreprises privées à élaborer des techniques ayant pour objet de prévenir et d'atténuer le dommage.

L'équilibre de l'encadrement au Canada

Au Canada - et c'est là un fait que le programme réglementaire du gouvernement tend à négliger - la sous-réglementation est beaucoup plus marquée que la surréglementation. Soulignons toutefois que dans le présent document[17], nous attribuons l'essentiel du problème que pose la réforme réglementaire non pas à la sous-réglementation, mais à la surréglementation. Cette erreur trouve peut-être son origine dans l'influence américaine, et dans l'inadéquation des données de base.

Comme on l'a vu plus haut, la sous-réglementation découle d'une application insatisfaisante des règlements, laquelle s'explique par des lacunes de la surveillance et par la proportion élevée de violations non poursuivies. De ce fait, on constate un large

fossé entre la lettre de la loi et la façon dont elle est appliquée. Le Conseil économique du Canada, dont l'avis avait été sollicité en 1978 à propos de la réglementation, s'est efforcé d'analyser le fardeau réglementaire à travers les textes législatifs. Or, une telle approche ne tient pas compte des lacunes en matière d'application; elle s'appuie donc sur des données contestables, qui faussent les décisions prises en aval.

Du fait de la sous-réglementation, on ne redresse pas de façon adéquate les préjudices désignés par le Parlement comme devant être combattus. Cela tient non seulement à l'insuffisance des ressources réglementaires, mais aussi à un examen insuffisant des résultats de la part des organes parlementaires. En l'absence de vérification des programmes, le Parlement s'appuie de façon excessive sur les vérifications financières opérées par le Vérificateur général, si bien qu'il n'obtient pas les données et les informations dans les mêmes conditions que son homologue, le Congrès américain. Or, en l'absence de telles données, les lois ne sont ni améliorées ni abrogées, si bien que les ressources ne sont allouées ni en fonction des priorités parlementaires, ni en fonction de la plus grande efficacité en matière d'atténuation.

2.3.3 Les aléas affectant le choix des stratégies d'atténuation

2.3.3.1 Les objectifs de la conformité

La réglementation a pour objectif de réduire le dommage causé par le créateur de risque, lorsque ce dernier se comporte d'une manière incompatible avec ses obligations envers autrui. La conformité n'est donc pas, en tant que telle, l'objectif de la réglementation. En fait, lorsqu'on met l'accent sur la conformité à des normes minimales édictées par la société, cela risque de détourner l'attention du rôle primordial de la réglementation, à savoir aider des entités privées à mieux assumer elles-mêmes la responsabilité de leur interdépendance. Bien canalisées, ces mesures contribueront en effet à réduire, de façon constante, les préjudices causés par chacun des membres de la société à ses concitoyens et à l'écosystème. Lorsque la conformité devient l'objectif consacré de la réglementation, on risque d'aboutir à la surréglementation et à la rigidité, car on suppose alors qu'il n'existe qu'une seule vraie façon de réduire le dommage. En revanche, lorsque la réglementation a pour objet la réduction constante du dommage, on est davantage disposé à admettre qu'il existe plusieurs méthodes pour ce faire. On s'efforce alors d'apporter continuellement des améliorations à la technique d'atténuation retenue, tout en économisant les ressources employées à cette fin. On voit donc que, lorsqu'on a renoncé à croire en «la méthode, la seule», il importe que l'autorité réglementante améliore sans cesse sa compréhension des contingences qui influent sur le choix de stratégies d'atténuation, ainsi que des

obstacles que ces contingences risquent de poser sur la voie d'une réduction constante du préjudice.

En outre, lorsqu'on prend du champ par rapport à la conformité afin de se concentrer sur l'efficacité des techniques d'atténuation, il devient plus important d'innover que de renforcer la certitude et la fiabilité à n'importe quel prix. Soulignons toutefois que lorsque les organismes responsables laissent aux entreprises le choix des moyens - même non orthodoxes - de réduction du dommage, ils laissent la porte ouverte à un échec, ou à une redistribution inéquitable du dommage. C'est ainsi que Liroff, dans son étude sur la pollution atmosphérique, souligne que si les économies réalisées ont été substantielles, on est loin d'avoir saisi toutes les occasions qui s'offraient d'améliorer la prévention[18]. Le fait de s'en remettre aux entreprises, en matière de prévention du dommage, n'avait en rien abaissé le coût de la surveillance et de l'application; en fait, la facture avait augmenté, car la surveillance coûtait plus cher en raison de la souplesse accordée aux entreprises. Dans de telles conditions, il faut prévoir davantage d'informations si l'on veut mesurer les effets. Or, si cette mesure laisse à désirer, il y a aggravation de la non-conformité ou de la conformité fictive, ce qui entraîne une déréglementation de l'application. La prévention et les mesures correctrices s'en ressentent à leur tour, ce qui avantage les créateurs de risque aux dépens de la population.

2.3.3.2 Les facteurs qui déterminent la probabilité de la conformité

Un certain nombre de variables influent sur la mesure dans laquelle les créateurs de risque se conforment à la législation et aux normes. Citons, parmi ces variables :

1. les antécédents des entreprises en matière de conformité;
2. l'aptitude des entreprises à supporter les coûts de la conformité;
3. le degré de concertation entre les parties intéressées;
4. l'aptitude de l'entreprise à mesurer les dommages;
5. l'enregistrement des informations et l'accès à ces dernières; et
6. le niveau de risque lié à l'activité réglementée.

1. Les antécédents en matière de conformité. L'observation volontaire souligne l'importance d'une différenciation entre les créateurs de risque, différenciation basée sur leurs antécédents. Il est impératif de mesurer les résultats obtenus par le créateur de risque, afin que ces résultats servent de critères à une allocation homogène de mesures incitatives par le public et par le privé. C'est pourquoi, dans le cadre de l'observation volontaire, les organismes réglementants doivent bien poser que le choix des stratégies d'atténuation constitue un privilège, lequel sera modulé en fonction du dossier de l'entité réglementée, c'est-à-dire de son aptitude et de sa disposition, dûment documentée, à se comporter de manière responsable vis-à-vis de la société. Scholz (1987) souligne combien il importe d'adapter rapidement le traitement réservé à une société en fonction de son respect des règles. En d'autres termes, dès que les «mauvaises têtes» changent d'attitude, il faut modifier le régime qui leur est appliqué, afin que ces entités perçoivent, sans tarder, les avantages concrets de l'atténuation.

2. La dimension des entreprises. Les lois exemptant les petites entreprises de l'obligation de diligence raisonnable se justifient souvent par l'existence précaire de ces entreprises et par leur manque de ressources. Il n'en demeure pas moins que ces exemptions constituent une forme coûteuse de subsides, car en renonçant à certaines occasions d'atténuer le dommage, on l'incite à croître et à se multiplier. Il serait donc préférable d'évaluer, de façon systématique et normalisée, la solvabilité d'un créateur de risque; on pourrait, pour cela, utiliser un système informatisé analogue à celui du programme ABLE de l'*United States Environmental Protection Agency*[19].

Lorsque l'on admet que certaines entreprises ne sont pas en mesure de supporter certains coûts, il faudrait, plutôt que de permettre au dommage de se propager, recourir aux deniers publics pour financer ces coûts. Ainsi, non seulement le préjudice est atténué, mais les systèmes de contrôle interne de l'entreprise se trouvent renforcés et on stabilise sa situation générale tout en réduisant le dommage qu'elle a occasionné. Autre solution, elle aussi préférable à la non-intervention, encourager les petites entreprises à mettre leurs moyens en commun, afin de pouvoir acquérir ensemble le bagage nécessaire et élaborer des systèmes de contrôle internes plus efficaces.

3. La concertation entre les parties intéressées. L'aptitude des entités réglementées à sélectionner des stratégies souples en matière d'atténuation varie également en fonction du degré de concertation entre ces entités, les autorités réglementantes et les différentes composantes de la population. Plus il y a convergence entre les priorités des parties, plus on a de chances de voir se former un consensus sur la question des compromis acceptables ou inacceptables. Ce consensus permet au créateur de risque de mieux définir les mesures susceptibles d'être acceptées, ce qui réduit le coût du processus d'autorisation.

À l'inverse, moins il y aura concertation, du fait de la défiance du public à l'endroit du secteur privé, plus il y aura divergence quant à la définition de ce qui est

tolérable et de ce qui ne l'est pas. Il sera plus difficile de s'entendre sur l'efficacité relative des différentes méthodes d'atténuation du dommage. En conséquence, les tiers s'efforceront de resserrer le contrôle externe exercé sur les créateurs de risque, et l'on préfèrera de plus en plus la contrainte comme principal outil d'atténuation. Cette tendance pourrait prendre la forme d'une mobilisation des pouvoirs législatif et/ou exécutif afin de réduire l'autorité des organismes réglementants et/ou des entités réglementées. Des procès seraient alors intentés afin de contester la compétence des organismes réglementant, où des campagnes de publicité seraient lancées afin de mettre en relief les dommages causés par les entreprises refusant de prendre les mesures adéquates.

4. L'aptitude à mesurer le dommage. Les entités réglementées ne se montreront réceptives à l'innovation que dans la mesure où elles ont acquis la certitude que son incidence peut être efficacement démontrée et que la réduction du dommage se fera de façon rapide et uniforme. C'est pourquoi, si l'on veut que les composantes novatrices des technologies, des protocoles de réduction et des approches réglementaires soient largement acceptées, il faudra, au préalable, mettre au point des méthodes valables permettant de mesurer les quantum et la répartition du dommage. En outre, si l'on veut que la réglementation soit efficace et dynamique, il faut que l'organisme réglementant soit en mesure de garantir que toute manifestation de souplesse de sa part n'entraînera pas une moindre atténuation ni une redistribution injuste du dommage.

5. L'accès aux données. Afin de faciliter les interprétations concurrentes, il importe que les données utilisées soient mises rapidement à la disposition du public. À défaut de transparence et de mesure valable du quantum et de la répartition de l'atténuation, les groupes particulièrement exposés exigeront des normes minimales d'application. Or, une telle revendication porterait atteinte à la souplesse nécessaire à la poursuite de l'objectif de l'observation volontaire, à savoir l'amélioration constante des stratégies et des techniques d'atténuation. Il est donc souhaitable, si l'on veut encourager les investissements au titre de l'atténuation, de consigner les résultats - positifs et négatifs - et de les rendre accessibles au moment de l'attribution des privilèges[20]. En effet, plus les entités privées et publiques s'appuieront sur ces données, plus les créateurs de risque seront incités à investir de façon volontaire dans l'atténuation.

Il importe de souligner que le recours à l'observation volontaire est exclu lorsqu'il n'y a pas libre accès à des informations précises sur la performance. C'est pourquoi les procédures de résolution des conflits qui limitent l'accès des pouvoirs publics ou de la population à ces informations entravent considérablement l'utilisation efficace de l'observation volontaire. Nous reviendrons de façon plus détaillée sur cet aspect.

6. Le niveau de risque. Pour investir de façon substantielle et volontaire au titre de la prévention, il faut qu'une entreprise ait acquis la certitude que le danger est grave

et réel. C'est pourquoi il importe de préciser en quoi consistent les sources de danger, notamment lorsque les mesures préventives sont coûteuses et leur élaboration complexe. On voit donc qu'en faisant la preuve du risque de danger, on renforce puissamment la motivation à agir.

2.3.3.3 L'équité de la procédure

Lorsque les tiers sont convaincus que les autorités réglementantes gèrent l'interdépendance de façon équitable et responsable, et qu'elles ne créent pas de catégories de privilégiés et de défavorisés, le choix des éventails de stratégies d'atténuation ne manque pas de s'élargir. Il en va de même lorsque les entités réglementaires pensent que les exigences des organismes responsables sont raisonnables. Dans de telles circonstances, on voit s'atténuer le caractère conflictuel des relations.

Les créateurs de risque auront tendance à considérer comme raisonnables les exigences qu'on leur impose, si les conditions suivantes sont réunies :

1. les agents réglementaires sont considérés comme des experts s'appuyant sur des normes professionnelles, et indépendants des pressions dues à la conjoncture politique;

2. les raisons qui sous-tendent les stratégies d'atténuation sont parfaitement explicites, et on s'efforce de les expliquer aux entités réglementées;

3. les économies qui pourraient en résulter ont été estimées avec précision et soigneusement documentées; et

4. les efforts d'atténuation du dommage sont sous-tendus par un mandat moral clairement énoncé.

De leur côté, les tiers ou les entités exposées auront tendance à considérer que le processus réglementaire est équitable au plan des textes comme de la procédure, lorsque les conditions suivantes sont réunies :

1. la négociation des stratégies d'atténuation constitue un processus ouvert, notamment aux préoccupations des tiers;

2. les pénalités pour non-conformité reflètent avec précision les valeurs de la société; et

3. les progrès en matière d'atténuation sont régulièrement démontrés.

Plus on donnera aux entités exposées la possibilité de critiquer les priorités, les hypothèses et les prévisions ayant servi de base à la négociation des normes de diligence raisonnable et des stratégies d'atténuation, et plus les organismes responsables se montreront disposés à repenser les remèdes proposés en fonction des préoccupations de tierces parties, plus les mesures d'ordre réglementaire verront leur légitimité renforcée. Or, plus cette légitimité sera forte, plus les entités exposées accepteront de laisser les organismes responsables jouir d'une marge discrétionnaire et à les considérer comme des fidéicommis dignes de ce nom.

2.3.3.4 L'application

Lorsqu'un programme d'observation volontaire est appliqué avec souplesse, la panoplie des mesures auxquelles on peut avoir recours en cas de non-conformité est assez vaste. Comme on l'a vu plus haut, on cherche, notamment, à encourager les entreprises à élaborer des techniques de réduction du dommage. En d'autres termes, la conformité n'est pas une fin en soi, mais simplement un moyen visant à atteindre l'objectif, à savoir la prévention et la réduction du dommage. Pour ce faire, les organismes réglementants ont à leur disposition trois types de stratégies : la non-intervention, les pénalités et les poursuites.

La non-intervention

Il faut faire une distinction entre l'attentisme de la non-intervention et l'absence de sanctions en cas de non-conformité. D'après Bardach et Kagan, la non-intervention suppose, de la part de l'autorité réglementante, «qu'elle décide, de façon sélective, d'abroger, de modifier ou de reporter l'application des règlements à une violation particulière lorsque cela ne serait pas raisonnable, ou ne revêtirait qu'une importance secondaire»[21]. L'attentisme souligne la nécessité de mettre en balance les conséquences de la non-application par rapport au quantum et à la répartition du dommage. Cette démarche se justifie lorsqu'il n'y a rien à gagner du point de vue de la prévention et de l'atténuation. Il est toutefois essentiel, lorsqu'on cherche à déterminer le bien-fondé de la non-intervention, de bien mesurer ses conséquences à l'égard d'un investissement continu au titre de la prévention et de l'atténuation. En effet, l'attentisme ne peut se justifier que lorsqu'on est à peu près certain que cet investissement n'en sera pas affecté.

En revanche, l'inaction totale face à la non-conformité ne peut que saper l'objectif même des programmes d'observation volontaire. En effet, lorsqu'on autorise purement et simplement les transgressions, les entreprises privées perdent toute incitation à mettre sur pied des mesures de contrôle internes et à élaborer des systèmes conformes aux normes réglementaires. L'attentisme est au contraire employé dans des

situations où l'application ne renforcerait en rien la prévention et/ou l'atténuation. C'est pourquoi il est essentiel, au moment de se prononcer sur la démarche, que l'organisme réglementant évalue les conséquences au plan de la réduction du dommage.

Les pénalités

Il existe aujourd'hui une controverse très animée sur la question de savoir si les pénalités, en particulier les lourdes pénalités imposées pour non-conformité, ont pour résultat de promouvoir ou, au contraire, de saper les objectifs des programmes d'observation volontaire. Il faut, en particulier, se pencher sur les questions suivantes :

- Les pénalités infligées pour non-conformité augmentent-elles la probabilité de voir les entités réglementées instaurer des procédures en vue d'une atténuation constante du dommage ?

- Est-ce que de lourdes pénalités incitent davantage à prendre des mesures permanentes d'atténuation ?

L'expérience américaine fournit tout un faisceau d'éléments selon lesquels l'application de pénalités substantielles, collectées de façon intégrale ou réduites uniquement dans le but de renforcer l'atténuation, sont de nature à encourager tant les investissements dans les systèmes de contrôle internes que ceux visant l'acquisition d'un savoir-faire propre à l'entreprise en matière d'atténuation. En effet, lorsque les pénalités infligées en cas de violation des normes de sécurité sont substantielles, et leur application inéluctable et constante, les créateurs de risque se trouvent en mesure de justifier, au plan économique, l'investissement que représente l'embauche d'ingénieurs spécialisés dans la sécurité[22]. En outre, plus les coûts de la non-conformité sont importants et inévitables, plus on a de chances de voir les créateurs de risque considérer l'autosurveillance et la conformité comme des choix stratégiques plutôt que comme de simples responsabilités opérationnelles. Dans de telles circonstances, les efforts en matière d'atténuation en viendront à figurer parmi les critères d'évaluation de la qualité d'une direction d'entreprise. Ainsi, dans la mesure où les pénalités peuvent améliorer la compétence d'une entreprise en matière d'élaboration et de surveillance de stratégies efficaces d'atténuation, elles deviennent un élément important de l'arsenal d'application, et il faut répondre de façon positive à la première question.

L'imposition systématique de pénalités substantielles indique quelles sont les activités considérées comme inacceptables, ou du moins non tolérées tant que le gouvernement et le public les voient d'un même oeil. À l'inverse, s'abstenir d'imposer et de percevoir ces pénalités ne peut que miner les valeurs communes. Il ne faut toutefois pas oublier que, une fois acquittées les pénalités, les contrevenants risquent de se dire qu'ils ont satisfaits à leurs obligations sociales, et se sentir exonérés du devoir d'atténuer

le dommage qu'ils ont causé. C'est pourquoi, lorsque l'application de pénalités aboutit ainsi à réduire le quantum de l'atténuation, les sanctions imposées constituent une entrave à l'observation volontaire, et l'on risque alors de devoir répondre par la négative à la deuxième question.

Tant que les pénalités renforcent l'atténuation, elles favorisent l'observation volontaire. C'est pourquoi l'atténuation doit recevoir la priorité la plus élevée, tandis que, dans le cadre des compromis, la perception de pénalités doit être reléguée au second plan. On a cependant tout lieu de croire que si l'on se contente de brandir les pénalités sans les imposer de façon homogène, et si elles sont trop légères, l'entreprise sera rapidement démotivée face aux investissements au titre de l'atténuation[23]. On voit donc que le succès à long terme de l'observation volontaire dépend précisément de cette perception.

Compte tenu de ce qui précède l'élaboration de pénalités et de mesures incitatives constitue une composante essentielle de toute stratégie d'observation volontaire, d'autant que Genn (1987) et Baldwin ont démontré de façon convaincante qu'il n'existe pas de «fruit véreux». Il semble que les entreprises ne soient disposées à s'informer, à acquérir le savoir-faire et à se doter des techniques et des protocoles de réduction du dommage, qu'après s'être convaincues qu'en cherchant à s'y soustraire, elles s'exposent à des dangers catastrophiques; en outre, des entreprises disposées à investir au titre de l'atténuation dans un domaine risquent d'y être moins enclines dans un autre domaine, moins essentiel à leur activité. En d'autres termes, les pénalités restent des éléments essentiels du régime incitatif associé au programme d'observation volontaire.

En résumé, les pénalités ne promeuvent l'observation volontaire que dans la mesure où les organismes responsables savent les utiliser à bon escient. Les pénalités substantielles, appliquées de façon homogène et certaine, encouragent les entreprises à prévenir et à atténuer le dommage. Cependant, plus la non-conformité demeurera impunie, plus l'incertitude planera sur le quantum des sanctions et les coûts de la non-conformité, et moins il y aura d'incitation à investir dans les techniques et dans les protocoles de prévention et d'atténuation. On devra alors s'attendre à un déclin de l'observation volontaire. En outre, Scholz a prédit que, à mesure que se renforceront les rangs des créateurs de risque récalcitrants, la conformité dépendra de plus en plus du quantum des pénalités et des mesures incitatives, ainsi que de la rapidité avec laquelle elles seront imposées (Scholz, 1987). Ce n'est donc qu'en appliquant les pénalités avec sagacité que les autorités réglementantes pourront contourner les problèmes liés à la non-conformité et promouvoir l'observation volontaire.

Le régime incitatif

Tout comme les pénalités, les mesures incitatives sont de nature à promouvoir l'investissement dans des mesures d'atténuation plus efficaces, mais seulement si elles sont appliquées de façon uniforme et certaine. On trouvera, ci-dessous, quelques exemples de stratégies d'incitation :

- La réputation, qui peut être une source d'incitation pour un nombre limité d'entités exposées, mais dont la portée risque d'être réduite.

- La réduction des primes d'assurance, notamment en matière d'accident du travail, est un argument facilement utilisable par les spécialistes de l'entreprise en matière d'atténuation, lorsqu'ils souhaitent justifier les investissements dans les techniques de réduction des dommages[24].

- L'absence d'approbation de la part des autorités réglementantes réduit l'accès d'une entreprise aux prêts bancaires; il y a là une incitation, liée à des économies quantifiables.

- Les conditions d'exploitation propres à certaines activités, telles que le privilège de décharger des navires entre le coucher et le lever du soleil[25].

Les poursuites judiciaires

Les poursuites judiciaires, au pénal ou au civil, ont pour objet de démonter la détermination de la société à voir les dommages causés assujettis à compensation; pour ce faire, elles exigent des entreprises qu'elles supportent pleinement le coût que leurs activités ont fait subir à la société dans son ensemble, ou à certains particuliers/entreprises. Cet outil peut être utilisé de façon sélective, pour augmenter la réceptivité : en effet, lorsqu'il y a poursuite, l'entreprise porte le stigmate de celui qui s'est conduit de façon immorale; de ce fait, la menace de publicité augmente, dans certains cas, le pouvoir de négociation des personnes cherchant à conclure des accords d'atténuation. On peut penser que, sous la menace de poursuites, les entreprises se montreront plus enclines à atténuer les dommages causés.

Lorsque les poursuites débouchent sur une condamnation, l'application des accords d'atténuation devient plus facile, en raison de la puissance exécutoire, ou du pouvoir de négociation accru conféré par une injonction judiciaire. De plus, les parties qui chercheraient à se soustraire aux conditions de l'accord seraient passibles d'outrage au tribunal.

Dans l'hypothèse où des poursuites intentées à quelques cas soigneusement sélectionnés entraîneraient des condamnations assorties de pénalités substantielles et/ou d'obligations d'atténuer les dommages causés, le conseiller juridique d'une entreprise créatrice de risque pourrait fort bien se trouver un rôle nouveau : celui de la personne qui plaide en faveur des investissements de l'entreprise dans le domaine de la prévention. Ainsi, ce conseiller juridique exercerait, à titre privé, l'une des fonctions des inspecteurs, à savoir promouvoir la prévention; on est même fondé à penser qu'il s'acquitterait de ce rôle avec davantage d'efficacité, puisqu'il chercherait à démontrer à son client que la prévention/atténuation constitue non pas une dépense, mais bien un investissement.

Nombreux sont les éléments qui semblent confirmer que la publicité[26], les affaires faisant jurisprudence et les cas de suivi qui mettent à l'épreuve la disposition des tribunaux à appliquer de façon uniforme les principes énoncés, sont les seules formes de dissuasion à caractère général susceptibles de promouvoir l'observation volontaire. Il s'ensuit que le résultat d'autres poursuites n'aura probablement d'effet que sur l'observation volontaire de la partie poursuivie. En outre, chaque fois qu'une action ne débouchera ni sur une condamnation, ni sur des pénalités substantielles, ni sur une ordonnance d'indemnisation, cela ne manquera pas de réduire considérablement les chances de voir les entités concernées prendre, de façon volontaire, des mesures en faveur de la prévention ou de l'atténuation.

Ajoutons que certains aspects inhérents au processus des poursuites judiciaires constituent autant d'obstacles à l'observation volontaire. Il se trouve, en effet, que les poursuites s'intéressent particulièrement à certains aspects de la non-conformité, telle que l'absence de diligence raisonnable. C'est pourquoi les affaires ponctuelles constituent une meilleure matière à poursuites[27], lesquelles cherchent à obtenir une compensation ponctuelle pour un dommage spécifique infligé à une catégorie de victimes étroitement définie. En général, la décision rendue évite les mesures tendant à restructurer les entreprises afin de réduire le risque que leurs activités aurait présenté pour autrui, ou à profiter aux personnes lésées jusqu'ici, ou à renforcer les mesures de prévention.

Les poursuites ne font aucun cas de l'attention qu'il faut porter à la mise au point d'accords d'atténuation suffisamment spécifiques pour que leur efficacité soit maximale, ni à la contribution de ces accords à une promotion des investissements renouvelés dans le domaine des technologies d'atténuation. C'est pourquoi la sentence, qui ordonne une indemnisation non répétitive, ne contribue en rien à prévenir les dommages dans l'avenir. C'est la raison pour laquelle les tenants de l'observation volontaire n'utilisent les poursuites que comme tout dernier recours.

2.4 L'observation volontaire en Australie, en Grande-Bretagne et aux États-Unis

2.4.1 L'Australie

Les organismes réglementaires de l'Australie ont élaboré un vaste éventail de procédures visant à valider des définitions relativement souples de la notion de diligence raisonnable, et à promouvoir une large participation du public au processus d'autorisation. Nous proposons, ci-dessous, une présentation préliminaire de certaines de ces procédures, sur lesquelles nous reviendrons plus en détail dans des chapitres suivants, en nous appuyant sur les études de cas spécifiques.

2.4.1.1 Les audiences publiques sur dossier et les enquêtes publiques

La *Industries Assistance Commission (IAC)* annonce publiquement l'ouverture de ses enquêtes et invite les intéressés à y participer. Quant à la *Trade Practices Commission*, elle adresse aux organismes susceptibles d'être concernés les demandes d'autorisation de mise en oeuvre d'un programme d'autoréglementation, lorsqu'elle considère qu'un tel programme risque d'avoir pour effet de restreindre la concurrence. Dans les deux cas, les candidatures sont placées dans des archives accessibles au public et un projet de rapport est diffusé. L'IAC tient des audiences publiques consacrées à ces projets de rapport. De son côté, la *Trade Practices Commission*, lorsqu'on lui en fait la demande expresse, organise une conférence à laquelle peut participer toute partie ayant un intérêt direct dans l'issue réservée à la candidature. Dans les deux cas encore, les parties représentent leurs propres intérêts, on ne fait pas appel à des avocats et les parties peuvent mettre en cause les requêtes présentées par d'autres. L'IAC établit, à l'intention du ministre, un rapport qui est publié; quant à la *Trade Practices Commission*, elle rend un jugement écrit qui peut faire l'objet d'un appel.

Cette combinaison d'audiences publiques tenues sur certains dossiers et de conférences prédécisionnelles, offre aux entités exposées l'occasion d'évaluer et de critiquer les hypothèses de base, les prévisions et les priorités qui sous-tendent les conditions posées par une commission à l'octroi de son autorisation. Parallèlement, du fait que les conditions imposées aux créateurs de risque sont portées à leur connaissance, il est plus probable que les entités exposées participeront à la surveillance de la conformité et feront appel aux autorités réglementaires si les conditions sont violées. On voit ainsi qu'une plus grande transparence lors de la négociation des conditions mises à l'autorisation joue un rôle non négligeable dans la réduction des déficits d'application[28].

De la même façon, le *New South Wales Department of Conservation* a recours à des commissions d'enquête pour décider s'il y a lieu d'approuver une proposition ayant

une incidence sur l'environnement ou sur le patrimoine. Là encore, la tenue de l'enquête fait l'objet d'une large publicité et les parties se représentent elles-mêmes devant la commission; les contre-interrogatoires sont rarement autorisés et les procédures ne sont pas conformes aux règles du prétoire en matière de preuve. Une fois présentées les demandes relatives au caractère confidentiel, les requêtes sont présentées, puis on procède à une période de questions/réponses, suivie par les allocutions de conclusion. Il n'y a pas de procès-verbal; cependant, les parties fournissent les documents, ainsi que des questions et réponses écrites, afin que soit établi un dossier aussi complet que possible. Ce dossier servira de base à un rapport soumis au ministre chargé de la protection de l'environnement (*Minister of Conservation*), que ce dernier rend public. On a prévu la possibilité d'un appel devant la *Land and Environment Court*.

Ces procédures réglementaires offrent une tribune publique à laquelle peuvent participer toutes les parties intéressées, tout en leur offrant une occasion de résoudre leurs différends et d'accroître leur niveau de concertation. L'accès aux informations à caractère réglementaire et la connaissance des autres points de vue favorisent un meilleur équilibre de contrôle entre les parties et réduisent le risque que les intérêts des créateurs de risque comme des entités exposées soient négligés.

2.4.1.2 Les dossiers de conformité et les contrats de franchise

En Australie, certaines procédures spécifiques ont été élaborées afin de permettre la participation du public à l'élaboration et à l'autorisation de normes réglementaires. Grâce à ces processus, il est possible de réduire le nombre de priorités contradictoires ainsi que les hypothèses et les définitions retenues pour ce qui concerne les compromis acceptables ou inacceptables. On s'efforce ainsi de constituer un consensus aussi large que possible, afin d'augmenter les chances de voir la règle ainsi autorisée recevoir une pleine application.

Les règles élaborées «sur mesure», telles que celles proposées par la direction d'une mine pour assurer la sécurité, sont autorisées, et le résultat des inspections est consigné dans un journal de bord, lequel est généralement mis à la disposition de l'inspecteur. Si des mesures sont prises pour atténuer les dommages, elles y sont également consignées.

Les contrats de franchise sont des actes à valeur législative qui précisent les conditions d'une entente négociée entre les pouvoirs publics et les grandes compagnies exploitant les ressources naturelles et qui, pour ce faire, ont besoin d'autorisations appropriées. Les perspectives de négociation des conditions conduisant à l'autorisation varient selon la pratique législative en vigueur. En outre, les conditions de l'assentiment ne peuvent être amendées que par voie législative. Le processus d'autorisation est

largement conçu de manière à permettre la mise au point de règles correspondant de façon spécifique aux circonstances, de manière à garantir que les restrictions proposées dans le but de réduire les dommages sont à la fois réalisables et efficaces.

2.4.1.3 L'octroi de licences et d'autorisations : l'approche proactive

En Australie, on a largement recours à l'octroi de licences ou permis, dans le double but de bien préciser les obligations et d'encourager l'exercice de la diligence raisonnable. Ces licences, qui constituent une condition préalable à tout emploi, énoncent les obligations des personnes exerçant des professions dangereuses. Les licences peuvent être révoquées, ou assorties de conditions; des dispositions prévoient la tenue d'une enquête lorsque surviennent des incidents qui pourraient être attribuables à une diligence insuffisante. L'obtention d'une licence est un privilège et la menace de retrait ou l'imposition de restrictions constituent une double incitation au respect des règles.

Étant donné le nombre important et la diversité des activités exigeant une autorisation, les autorités réglementaires australiennes ont pleinement conscience de la puissance dont elles disposent lorsqu'elles négocient les accords en vue de réduire les dommages ou d'obtenir la conformité. C'est ainsi que les directeurs de ports sont habilités à autoriser le transbordement - du pétrole, notamment - après la tombée de la nuit, et d'autres activités présentant des dangers. Étant donné l'ampleur des économies que peuvent permettre ce genre de privilèges, celui qui en a la maîtrise dispose d'un levier non négligeable. Le recours à ce type de mécanismes jette un éclairage intéressant sur les mesures incitatives dont peuvent disposer les autorités réglementantes de tous les pays lorsqu'elles cherchent à promouvoir le recours à l'observation volontaire.

S'il est vrai que l'Australie a beaucoup développé l'homologation de définitions individualisées de la diligence raisonnable, elle s'est beaucoup moins préoccupée de l'application. Les Australiens préfèrent une approche, en matière réglementaire, qui n'exige pas une mobilisation trop proactive, et c'est l'une des raisons pour lesquelles ils privilégient certaines variantes au système des licences. Une telle approche réduit, certes, le nombre de mécanismes réglementaires employés par un programme donné; toutefois, elle risque de laisser échapper, ou de négliger, un nombre important de non-conformités, ce qui conduit à la sous-réglementation. Or, en l'absence d'une surveillance par l'organisme réglementaire, les citoyens sont contraints d'exercer eux-mêmes cette fonction - et c'est justement l'un des principaux attributs de l'*Australian Consumers Association* (Association australienne des consommateurs). S'il faut reconnaître que cette surveillance réduit les déficits d'application, il ne faut pas oublier que la surveillance exercée par les intérêts privés est censée compléter, et non remplacer, celle qui échoit aux autorités réglementaires.

2.4.2 Les États-Unis

Aux États-Unis, contrairement à l'exemple précédent, on constate un phénomène de surréglementation. Les inspecteurs ont pour tâche principale de recueillir les données sur la conformité et de la surveiller. Cependant, l'accent qui est mis sur la surveillance à parfois détourné les ressources destinées aux tâches importantes consistant à élaborer les systèmes, et les normes visant à réduire de plus en plus efficacement les dommages causés, au bénéfice d'un surinvestissement en matière de surveillance et d'application. Il en est résulté des relations conflictuelles entre les parties en cause avec, comme corollaire, un marasme des normes et des technologies d'atténuation. On constate cependant un mouvement vers une plus grande souplesse et vers plus d'innovation et de diversité dans les méthodes d'application, parallèlement à une réorientation des activités d'application vers une compensation des dommages.

2.4.2.1 La surveillance de la conformité

Après avoir concentré leurs efforts sur le renforcement des mécanismes de surveillance, les autorités américaines ont, à présent, entrepris d'élaborer des technologies permettant d'exercer une surveillance permanente, plutôt que des inspections sporadiques des dommages causés. Ces technologies constituent un préalable, si l'on veut préciser le quantum des dommages et mieux comprendre leur répartition. Les autorités réglementantes américaines, qui souhaitent réduire les ressources employées pour l'identification des violations et l'élaboration de normes, cherchent aujourd'hui à mobiliser les citoyens, les syndicats, les employés, les directions d'entreprises et les autres organismes gouvernementaux, afin qu'ils contribuent à la surveillance dans le domaine réglementaire et qu'ils assument la responsabilité principale quant au suivi de l'application des normes. Cette démarche part de l'hypothèse que si les autorités réglementantes parviennent à consacrer moins de ressources à la collecte des données sur la conformité, elles pourront en consacrer davantage au diagnostic, à la conception et à la vérification efficace des systèmes de conformité.

Dans un système qui repose sur la conformité effective, les procédures et la responsabilité liées à l'application jouent un rôle de premier plan. Aux États-Unis, les responsables ont engagé des moyens considérables pour améliorer la conception des mesures incitatives en matière de conformité. C'est ainsi que, soucieuses d'améliorer les taux de perception des pénalités et d'éviter notamment que la non-collecte ne constitue une sorte de «grâce» déguisée, les autorités réglementaires ont eu largement recours à des sanctions administratives.

De plus en plus, les pénalités forfaitaires ont été remplacées par des pénalités civiles, calculées sur les économies réalisées du fait de la non-conformité[29]. C'est ainsi

que les antécédents en matière de conformité ont une incidence sur les pénalités infligées[30], que la consignation de l'entité concernée sur une liste est employée comme incitation et que la solvabilité est systématiquement évaluée[31]. Les procès-verbaux infligés en cas de violation permettent de réduire le retard et d'améliorer les taux de perception.

2.4.2.2 La délégation de pouvoirs

En dépit de la surréglementation générale, on constate de nombreux exemples de situations équilibrées. C'est ainsi que, s'agissant de l'atténuation des problèmes causés par les déchets toxiques, il est possible de déléguer la conception et l'application à un grand nombre de parties - jusqu'à sept cents - dont les efforts sont coordonnés non par les autorités, mais par des experts-conseils. Précisons que la participation à des programmes permettant de déléguer une partie des responsabilités réglementaires aux créateurs de risque est considérée non pas comme un droit, mais comme un privilège qui doit se mériter.

Les mécanismes et les mesures que l'on propose pour rectifier la situation sont soumis aux autorités réglementantes après une période consacrée aux commentaires du public. Le dossier comprend une réponse de l'*Environmental Protection Agency (EPA)* à toutes les questions soulevées. Afin de donner au mécanisme proposé toutes les chances d'être autorisé, on procède à des consultations intenses et continues entre créateurs de risque, entités exposées et autorités réglementantes. Les secteurs public et privé partagent les responsabilités en matière financière comme en matière de conception, et sont co-responsables de la gestion du projet. On trouve donc, dans ce domaine, une remarquable illustration d'une collaboration secteur public/secteur privé tournée vers l'innovation[32].

2.4.2.3 Les recours contentieux

Le recours fréquent, aux États-Unis, aux poursuites judiciaires et au contentieux, est à l'origine de relations intensément conflictuelles entre les créateurs de risque et les entités exposées. En outre, les nombreuses contestations dont l'autorité réglementaire a fait l'objet, en raison de la surréglementation comme de la sous-réglementation, ont miné la concertation entre les entreprises privées, les citoyens et les organismes réglementants. Dans de telles circonstances, les procédures alternatives de résolution des différends, ainsi que les tentatives visant à élargir les consultations et à les tenir en amont, sont soumises à rude épreuve. Observons, toutefois, que les procédures alternatives de résolution des différends risquent de placer davantage l'accent sur la solution des conflits entre les parties concernées, que sur une protection adéquate de l'intérêt public.

2.4.3 La Grande-Bretagne

Au Royaume-Uni, les programmes de conformité sont basés sur une association étroite entre le secteur privé et les agents réglementaires. Parallèlement, la relation entre ces agents et le public est assez lointaine, si bien que cette asymétrie des interdépendances a une incidence considérable sur la réduction des dommages et sur la méthode employée pour les atténuer.

2.4.3.1 Collaboration avec l'entreprise privée

Dans le modèle britannique, les responsables des entreprises privées disposent d'un pouvoir décisionnel étendu. Les autorités réglementaires s'efforcent d'obtenir l'observation des directions d'entreprises aux programmes de prévention, sans se préoccuper outre mesure de l'assentiment des personnes engagées dans l'application de ces programmes. Grâce à des consultations permanentes avec la direction des entreprises, le secteur privé est informé des perspectives en matière de prévention et d'atténuation; en d'autres termes, les autorités peuvent informer les firmes privées de ce qu'il y a lieu de faire. Grâce à la promotion, au conseil et à la sensibilisation, les autorités réglementantes s'efforcent d'influencer les décisions des chefs d'entreprises.

Le lien étroit entre les autorités réglementantes et le secteur privé, d'une part, et l'apport minime en ressources publiques, d'autre part, conduisent à la sous-réglementation. Dans le système britannique, la balance des interdépendances penche en faveur des intérêts du secteur privé, au détriment du secteur public. La vaste diversité que peut revêtir l'intérêt public n'est pas mise en valeur, et le potentiel innovateur du système réglementaire s'en trouve restreint. Quant au public, il n'est pas appelé à participer à la surveillance de la mise en oeuvre des technologies, et ne contribue ni à la surveillance, ni à l'élaboration de solutions. Dans de telles conditions, l'objectif consistant à élaborer un système d'atténuation et de surveillance des dommages, pour faire face à un éventail de besoins, est sapé à la base.

L'absence relative, dans le système britannique, de contrôle uniforme et de participation du public semble indiquer que l'atténuation des dommages ne constitue pas la priorité essentielle du système réglementaire. En effet, on insiste trop lourdement sur les coûts subis par le secteur privé lors de l'élaboration de nouvelles technologies, au détriment d'une prise en considération globale des dommages découlant de l'inaction dans ce domaine. Il y aurait lieu de réexaminer le rôle des mécanismes réglementaires, ainsi que la participation et la responsabilité du public, en vue de réaménager des priorités et de mettre l'accent sur la prévention et l'atténuation des dommages. Il est urgent que les autorités réglementantes soient sensibilisées aux conséquences d'une non-conformité demeurant impunie et à l'importance de l'équité de la loi et de la procédure.

2.4.3.2 L'agent réglementaire en tant que fidéicommis

Le système réglementaire britannique part de l'hypothèse que les agents réglementaires sont de purs fidéicommis[33], capables de définir avec précision et d'administrer l'intérêt public sans que le corps social ait à intervenir. C'est pourquoi on ne se préoccupe guère de transparence ni de responsabilité. On suppose qu'il n'y aura guère de désaccord en matière de priorités, de prévisions ou de définition des compromis acceptables; en d'autres termes, on présuppose le consensus en matière de priorité. On postule que, pour être efficace, la réglementation doit emporter l'observation du créateur de risque; c'est pourquoi la pratique, en matière réglementaire, tend à privilégier les coûts du créateur de risque plutôt que ceux des entités exposées. En outre, on se soucie beaucoup de ménager les droits des directions d'entreprises.

Il en résulte un contraste marqué entre la démarche australienne et la démarche britannique en matière de réglementation dans le domaine de la santé et de la sécurité. À l'évidence, les Australiens tiennent davantage que les Britanniques à un équilibre. Quant aux Britanniques, ils sont prêts à tolérer d'importants déficits d'application et une sous-réglementation chronique; la surveillance des effets est pratiquement laissée pour compte.

2.4.4 Résumé

En résumé, si l'on peut parler de sous-réglementation très marquée et en Grande-Bretagne et en Australie, il faut préciser que les Australiens ont réussi à créer, en matière d'élaboration de normes réglementaires, une transparence qui fait totalement défaut dans l'approche britannique.

Aux États-Unis comme en Australie, les entités exposées se sont organisées plus efficacement qu'en Grande-Bretagne pour défendre leurs intérêts et, dans ces deux pays, on est parvenu à un degré plus poussé de transparence et de responsabilité.

Aux États-Unis, le recours aux procédures contentieuses est très large, tant de la part des entités exposées, qui souhaitent endiguer la sous-réglementation, que de la part des créateurs de risque, qui veulent circonscrire la surréglementation. C'est pourquoi les efforts entrepris dans ce pays pour atténuer l'aspect contentieux se sont principalement portés sur la nécessité d'équilibrer de façon plus efficace les intérêts des créateurs de risque et ceux des entités exposées.

L'insuffisance des ressources dont dispose le système réglementaire, tant en Australie qu'aux États-Unis, a incité les deux pays à expérimenter des stratégies visant à mobiliser les entités exposées au côté des autorités réglementaires, afin de réduire les déficits d'application.

3.0 LES APPROCHES SECTORIELLES EN MATIÈRE D'OBSERVATION VOLONTAIRE

3.1 Introduction

Les modèles d'observation volontaire offrent un éventail de stratégies en matière de prévention et d'atténuation des dommages, le choix de la stratégie appropriée étant fonction d'un certain nombre de circonstances. Le facteur essentiel à prendre en compte est le niveau de risque ainsi que le dommage lié à l'activité en cause. Le choix des mesures réglementaires ne doit pas non plus négliger le coût, notamment à l'égard du créateur de risque. Cependant, ce dernier facteur ne doit pas l'emporter sur la réduction du dommage : sinon, l'observation volontaire n'atteindra pas son objectif principal. Dans le présent chapitre, nous étudions la façon dont un certain nombre d'industries ont abordé l'observation volontaire et sont parvenues à des choix différents en matière de stratégie.

Lorsqu'on parcourt les écrits consacrés à l'observation volontaire, on constate que deux modèles principaux - différents l'un de l'autre - de procédures réglementaires ont été élaborés et mis en oeuvre, dans des cadres différents :

1. l'autoréglementation responsable, et

2. le processus d'approbation conditionnelle.

On constate, parmi les auteurs britanniques[34], américains[35] et australiens[36] qui se sont penchés sur la santé et la sécurité au travail, un degré de convergence élevé relativement aux préalables nécessaires à la conformité, et aux circonstances devant entourer l'autoréglementation responsable pour qu'elle soit efficace. Un grand nombre d'activités à haut risque se déroulent en dehors de la sphère de la santé et de la sécurité au travail; ces activités sont parfois assujetties à l'octroi de permis ou de licences, c'est-à-dire à une autorisation conditionnelle de l'exercice de cette activité. Ces deux modèles, ainsi que leur application, seront analysés en fonction des objectifs principaux de l'observation volontaire, à savoir la prévention et la réduction des dommages, et des limites auxquelles se heurte la recherche de ces objectifs dans chacun de ces modèles.

3.2 La santé et la sécurité au travail

3.2.1 L'autoréglementation responsable

L'autoréglementation responsable correspond au modèle réglementaire selon lequel les entreprises privées assument la responsabilité de l'élaboration et de la mise en oeuvre de systèmes de réduction des dommages. Les activités des entreprises dans ce domaine sont vérifiées par les autorités réglementantes, lesquelles approuvent également les normes de performance et les technologies d'atténuation proposées, au moins en partie, par l'entité réglementée.

Le recours à l'autoréglementation responsable n'est possible que lorsque les créateurs de risque potentiels attribuent une priorité élevée à la prévention ou à l'atténuation d'un dommage spécifique, et sont donc disposés à investir dans l'acquisition d'informations, de savoir-faire et d'équipement. On constate généralement cette disposition lorsque les employeurs considèrent les dépenses comme autant d'investissements visant à prévenir une catastrophe économique ou politique liée au danger reconnu de certains processus particuliers employés par une entreprise ou par une industrie, ou à renforcer l'image de responsabilité que l'entreprise doit projeter en raison de sa taille et/ou du caractère public de ses opérations, ou encore de l'ampleur et du caractère inévitable des sanctions en cas de non-conformité[37]. Dans de telles circonstances, on parvient à convaincre les entreprises qu'elles devraient investir dans l'élaboration de stratégies efficaces de protection. Cependant, lorsqu'il existe d'autres solutions, moins onéreuses et tout aussi protectrices, telles que les polices d'assurances, les chances de voir des entreprises consentir à de tels investissements sont nettement moins élevées.

Dans de telles circonstances, le modèle de l'autoréglementation responsable risque de ne pas convenir. En effet, lorsque la protection de la santé et de la sécurité ne reçoivent pas une priorité de premier rang, ou lorsque la prévention n'est pas proactive mais seulement réactive, l'autoréglementation responsable devient inapplicable. C'est pourquoi, même s'il reste possible, dans certains circonstances précises, d'encourager une approche proactive de la part des entreprises, cette option n'est pas sans présenter de nombreuses difficultés.

3.2.1.1 Les conditions affectant la mise en place de l'autoréglementation responsable

Un certain nombre de conditions d'ordre interne et externe affectent la mise en place, par les entreprises privées, de l'approche dite de l'autoréglementation responsable. Parmi ces conditions, il faut notamment citer :

1. le savoir-faire propre à l'entreprise;

2. la participation des syndicats;

3. la perception d'un risque élevé; et

4. l'influence dont dispose l'autorité réglementante.

L'analyse qui suit vise à mettre en relief l'incidence de ces conditions sur l'efficacité du modèle et sur le rôle de l'autorité réglementante.

Le savoir-faire propre à l'entreprise

Lorsqu'une entreprise se décide à investir dans le domaine de la sécurité, elle cherche à se documenter le plus complètement possible sur ses obligations légales et sur les méthodes les plus efficaces pour y faire face. Elle engagera probablement des experts, lesquels se tiendront au courant de l'évolution de la doctrine concernant les obligations légales en matière de santé et de sécurité, la conseilleront sur les technologies et les protocoles d'assainissement les plus appropriés, feront impression sur les décideurs de l'entreprise afin d'obtenir rapidement l'autorisation et la mise en oeuvre des stratégies suggérées, suivront l'application, l'entropie induite ainsi que le coût et les avantages directs et indirects de ces investissements et, enfin, étaieront l'affirmation selon laquelle le rendement de ces investissements en dépasse le coût. Les professionnels de la sécurité mettront au point des mesures incitatives ainsi que des sanctions afin de favoriser la conformité, et chercheront de façon continue les méthodes les plus efficaces pour prévenir et atténuer les dommages.

Lorsque l'entreprise dispose de tels experts et lorsque leurs avis sont écoutés, le rôle de l'inspecteur/trice s'en trouve transformé. En effet, ce dernier (cette dernière) n'a plus à informer l'entreprise de ses obligations, ni de l'évolution de la doctrine. Étant donné que l'inspecteur se trouve traiter avec un confrère, il (elle) pourra conseiller au lieu d'enjoindre, et suggérer l'application de nouvelles découvertes ou de nouvelles méthodes, l'expérience d'autres entreprises pouvant alors être mise à profit. L'inspecteur pourra ainsi apporter un regard nouveau, un avis supplémentaire qui aidera à déceler les dangers passés inaperçus, et suggérer des solutions plus efficaces et/ou moins coûteuses que celles employées ou envisagées. De plus, l'inspecteur pourra renforcer l'influence des experts de l'entreprise au sein de cette dernière, et faciliter la mise en oeuvre de leurs conseils[38]. Il (elle) pourra centrer l'attention sur les programmes destinés aux cadres subalternes et aux travailleurs, ou aux personnes ayant des responsabilités opérationnelles, complétant ainsi les activités en matière de sécurité et de santé[39].

L'autoréglementation responsable postule qu'un inspecteur travaille avec un professionnel, partageant avec lui son savoir-faire et vérifiant le programme en cours afin d'y proposer des améliorations. Il importe donc que les inspecteurs soient eux-mêmes des experts dont les qualifications et les connaissances seront reconnues par leurs pairs. En effet, dans le cas contraire, leurs suggestions auront moins d'autorité et il est moins probable que l'on se rendra compte des avantages que l'entreprise pourra tirer d'une vérification assortie de suggestions. En d'autres termes, si leur savoir-faire n'est pas reconnu, les responsabilités des inspecteurs en matière d'autorité et de vérification seront ressenties comme une ingérence du gouvernement dans ce qui constitue, pour l'entreprise, une affaire privée : la mise sur pied d'un système interne efficace d'assainissement.

Il est tout aussi essentiel que, de leur côté, les inspecteurs traitent les spécialistes de l'assainissement engagés par l'entreprise comme des confrères de même rang. En effet, les entrevues menées par Kagan avec les producteurs de pétrole en Californie[40] montrent bien que, lorsque l'inspecteur n'adopte pas une telle attitude, l'accès à l'information s'en trouve réduit, de même que son autorité. Autrement dit, s'il se laisse enfermer dans le rôle du gendarme, il se condamne à provoquer la résistance de ses pairs.

De son côté, Genn (1987) souligne que lorsqu'une entreprise ne dispose pas, en son sein, de professionnels de la sécurité, elle est mal informée des obligations exécutoires ainsi que des méthodes permettant d'y faire face et des compromis liés à chaque solution. Ces entreprises n'ont donc pas les moyens d'élaborer des stratégie efficaces de prévention et d'atténuation. Au demeurant, l'absence de professionnels attachés à l'entreprise trahit le peu de cas que l'on fait de la sécurité et montre bien que l'entreprise n'a pas pris conscience des conséquences catastrophiques que peut avoir une défaillance dans ce domaine. Dans le même ordre d'idées, tant Genn (1987) que Baldwin (1987) affirment que lorsqu'une entreprise ne se soucie guère de projeter une image de responsabilité à l'égard de la société, la santé et la sécurité ne reçoivent que la portion congrue de son budget.

On voit donc qu'en l'absence des experts attachés à l'entreprise, peu importe que l'inspecteur soit enclin à la conciliation ou au despotisme, puisque l'entreprise ne cherche pas à en savoir davantage et n'assimile de toute façon pas l'information. Ses seuls conseillers seront alors les autorités réglementantes - et, peut-être, une association professionnelle; dans ce cas, les seules pressions en faveur du changement émaneront de ces autorités, avec ou sans le soutien de l'association professionnelle. Quant à la mise en oeuvre des conseils dispensés, elle dépendra de l'aptitude de l'organisme réglementant à convaincre l'entreprise que les dépenses qu'on lui recommande de faire sont nécessaires et qu'en essayant de s'y soustraire, elle se retrouvera perdante en fin de compte.[41]

La participation des syndicats

En cas de syndicalisation très poussée, le contrôle externe auquel les entreprises - mais aussi les autorités réglementantes - risquent d'être assujetties, se trouve renforcé. Il se peut, en effet, qu'un syndicat ait dans son mandat l'amélioration des mesures de santé et de sécurité et qu'il mobilise à cette fin le corps des inspecteurs; de ce fait, les contrôles seront plus fréquents, la certitude des sanctions sera accrue et l'on jettera davantage la lumière sur la non-conformité de l'entreprise et sur son irresponsabilité en tant qu'acteur social. Dans ces conditions, on peut se servir des syndicats pour encourager les entreprises à considérer les dépenses de sécurité comme des investissements. Il semble, d'après les travaux de Rees, que dans la mesure où l'on sait réagir rapidement pour prévenir ou atténuer les dommages dus aux violations, les syndicats peuvent contribuer de façon importante à la mise sur pied d'un système interne efficace de surveillance.

Soulignons toutefois que lorsque les syndicats n'ont pas connaissance des principes, des règlements et du régime réglementaire, ils ne peuvent se faire une idée de l'influence qu'ils sont en mesure d'exercer afin de modifier le comportement de la direction. Il est essentiel, avant d'assigner aux travailleurs, syndiqués ou non, la tâche d'élaborer et de mettre en oeuvre un système interne efficace et fiable de contrôle, que soit évaluées en détail les sources d'information et le savoir-faire en matière de conception auxquels les travailleurs auront accès[42].

Il est de fait que si les travailleurs ne sont pas en mesure de mobiliser un certain savoir-faire en matière de conception, ils seront moins aptes à négocier des améliorations avec leur employeur et ne pourront pas davantage participer efficacement au processus consultatif mis en oeuvre par l'organisme réglementant. De même, si les syndicats n'ont pas les moyens d'effectuer les recherches nécessaires et s'ils ignorent les écrits spécialisés, ils seront moins armés pour élargir la définition des dangers reconnus - qui font l'objet de la surveillance et des investissements de la direction.

À l'inverse, la participation directe des syndicats dans l'application des mesures risque de dévoyer la mise en oeuvre d'une autoréglementation responsable. Scholz (1987) souligne, à ce propos, la façon dont la participation des travailleurs à la conception des mesures d'application risque précisément de nuire à leur efficacité. Il soutient que la participation des syndicats conduit à intensifier le phénomène «d'application sévère», notion qu'il faut distinguer de l'application concentrée. L'application sévère est contraire à l'efficacité dans la mesure où elle réduit l'aspect incitatif que constitue la récompense offerte à une observation délibérée[43].

Les travaux de Rees indiquent que, dans le secteur de la construction, les travailleurs et la direction des entreprises sont plus enclins que dans d'autres secteurs à s'entendre sur la nécessité d'éviter les catastrophes. C'est pourquoi, toujours selon

Rees, la participation des syndicats dans les secteurs à haut risque n'a pas les mêmes résultats que, par exemple, dans les secteurs industriels, où les syndicats sont convaincus que les employeurs cherchent à réduire les coûts en rognant sur les dépenses de sécurité. Ces syndicats cherchent alors à réduire les dommages qu'ils craignent en cherchant à obtenir un contrôle externe intense et sévère. De ce fait, ils empêchent les inspecteurs de moduler leur attitude lorsqu'ils se trouvent face à un employeur coopératif[44].

On voit donc que les syndicats ont, certes, un rôle important à jouer dans l'élaboration de régimes de prévention/atténuation, mais que leur participation au rôle d'application qui revient aux autorités réglementantes risque de conduire à une surréglementation et la condamnation d'un programme d'autoréglementation responsable. C'est pourquoi, s'il tient à préserver l'équilibre des interdépendances, l'organisme réglementant doit veiller à conserver son autorité et décider lui-même s'il faut autoriser le syndicat à jouer un rôle complémentaire de surveillance.

La perception d'un risque élevé

Les entreprises n'accepteront de se lancer dans des améliorations coûteuses de leur processus de travail que dans la mesure où elles auront acquis le sentiment que ces investissements contribuent, de façon directe, à réduire les dangers pouvant avoir pour elles des conséquences catastrophiques au plan économique et/ou politique.[45] C'est pourquoi les prescriptions réglementaires allant dans le sens de modifications onéreuses ne doivent pas manquer d'établir le lien entre le refus d'adopter les techniques appropriées et les conséquences catastrophiques que pourrait avoir un tel refus. On doit s'efforcer de démontrer que les techniques et méthodes préconisées augmenteront le rendement des investissements.

À cette fin, l'autorité réglementante doit continuellement transmettre aux spécialistes de la protection oeuvrant au sein des entreprises, les nouveaux éléments démontrant la gravité du risque, ainsi que l'efficacité relative des techniques existantes. Dans ces conditions, il incombe aux agents réglementaires de diffuser les renseignements à caractère technique, lorsque les entreprises réglementées ont, en leur sein, des experts qui incorporent les connaissances ainsi communiquées aux conseils qu'ils prodiguent à leurs employeurs.

Le rôle et le pouvoir de l'agent réglementaire

Le pouvoir et l'influence de l'inspecteur/vérificateur peut être renforcé au moyen d'une surveillance supplémentaire, mais aussi grâce à un mandat moral fermement exprimé, à des contrats privés définissant les obligations complémentaires, à des normes

d'exécution, à des procédures d'évaluation des performances et à des mesures correctrices pour les cas de non-exécution. On renforcera également l'influence de l'agent réglementaire en mettant en lumière les dangers ainsi que leurs causes, en améliorant les données sur l'efficacité relative des différentes techniques d'atténuation, et en rendant les sanctions plus sévères et leur application inéluctable. Ces dernier aspects représentent des variables importantes lors des calculs auxquels se livre une entreprise afin de déterminer le coût relatif des initiatives visant à renforcer la sécurité.

Rees a constaté que, dans un premier temps, l'embauche, par les entreprises, de professionnels de la sécurité s'expliquait par le fait que les entrepreneurs voyaient, dans l'importance des pénalités infligées et dans l'ampleur des responsabilités imposées aux dirigeants d'entreprise par l'Occupational Health and Safety Act, une justification de cette dépense supplémentaire. Mais, lorsqu'il s'avéra que les pénalités imposées étaient minimes, cette justification aurait disparu si les modifications apportées au régime l'indemnisation des accidents du travail n'avaient, à leur tour, constitué une incitation. Grâce à ces mesures, les professionnels de la sécurité parvinrent à convaincre leurs dirigeants que les dépenses qu'ils préconisaient demeuraient des investissements valables.

Il est essentiel, lorsqu'on élabore un régime de sanctions, de bien comprendre que même si les coûts envisagés sont de nature à stimuler l'investissement dans un premier temps, ce sont les sanctions imposées dans les faits qui déterminent la poursuite de cet investissement[46], à telle enseigne que si le coût de ces sanctions ne représente pas une menace considérable, on doit s'attendre à un désinvestissement rapide. La sécurité perdra rapidement la priorité qu'on lui avait assignée et l'autoréglementation responsable ne constituera plus une option réglementaire viable.

Dans le modèle de l'autoréglementation responsable, l'autorité réglementante joue un rôle essentiel en créant la structure d'incitation qui permettra aux entreprises privées d'assumer la responsabilité de leurs actes. Baldwin (1987) observe que, lors de leurs transactions avec les entreprises, les autorités réglementaires peuvent user des stratégies d'application suivantes :

1. les poursuites, ce qui exige une réglementation précise;

2. les avis d'interdiction, une telle stratégie n'étant plausible que lorsqu'on dispose d'une méthodologie supérieure et clairement définie en matière de prévention/atténuation;

3. les avis/injonctions d'amélioration; et

4. la persuasion et la négociation. Baldwin distingue trois types de persuasion/négociation :

   (a) donner un conseil sans que cela entraîne de négociations. Cela nécessite des règles simples et condensées, et on ne peut y avoir recours que lorsque le risque est faible et la probabilité d'observation volontaire élevée, ou, au contraire, lorsque le niveau de risque est très élevé, entraînant de ce fait une probabilité élevée d'observation volontaire;

   (b) la pédagogie, qui vise à modifier les bases de raisonnement des entreprises, de manière à ce qu'elles comprennent les principes de la conception des règles et ne se contentent pas de simplement les apprendre. Cette démarche est nécessaire lorsque le niveau de risque est élevé, et ses modalités doivent varier en fonction des priorités des entreprises;

   (c) la promotion et l'information, auxquelles on peut avoir recours lorsque le risque de dommage est très clairement défini et qu'il existe des règles peu onéreuses, efficaces et accessibles ainsi que des équipements qui permettent de prévenir et d'atténuer le dommage avec efficacité. Pour aboutir, une telle stratégie nécessite des campagnes de promotion et un bon ciblage de l'information.

Précisons toutefois que la validité et l'efficacité de ces stratégies générales dépendent des caractéristiques du problème. En d'autres termes, le recours à des mesures incitatives ou à des pénalités spécifiques est déterminé par le niveau de risque lié à l'activité de la firme, et aux bonnes ou aux mauvaises dispositions de cette dernière[47].

En résumé, les entreprises privées ont besoin d'acquérir les connaissances leur permettant d'améliorer les mesures de prévention et d'atténuation systématique du dommage. Elles ont également besoin, pour traduire ces connaissances en actes concrets, de la motivation que peuvent leur apporter non seulement certains groupes qui les composent (direction et employés), mais aussi des intérêts extérieurs (entités exposées et organismes réglementants).

3.2.1.2 Aléas entourant l'application de l'autoréglementation responsable

Le niveau de risque

Comme on l'a vu plus haut, l'autorité réglementante dispose d'une panoplie de procédures d'application. Ces procédures diffèrent selon que la situation est génératrice de risques élevés ou, au contraire, de risques relativement faibles. C'est ainsi que les injonctions, d'interdiction ou d'amélioration, sont utilisées en cas de danger grave, bien identifié et que l'on peut mesurer avec précision, et lorsqu'on est bien informé sur les causes et sur les conséquences de mesures alternatives. Ces deux types d'injonctions ont pour objet d'obtenir des entreprises qu'elles adoptent des stratégies préventives et d'atténuation supérieures à celles qu'elles sont disposées à mettre en oeuvre de leur propre gré. Dans ce genre de cas, l'autorité réglementante peut négocier avec beaucoup de fermeté, car elle s'appuie sur un mandat moral clairement exprimé et sur des données scientifiques clairement démontrées.

Lorsqu'on n'est pas très sûr des intentions d'une entreprise, on s'efforce d'associer la promotion et l'information, ou de recourir à la pédagogie. Plus le risque est élevé, plus un bon ciblage s'impose. Lorsque le risque est particulièrement grand, un encadrement «sur mesure» risque de s'imposer, en dépit du coût, et l'entreprise doit apprendre à élaborer elle-même les solutions, car il est impossible de programmer à l'avance toutes les hypothèses. C'est pourquoi il faut enseigner à l'entreprise à concevoir et à remodeler ses stratégies de prévention et d'atténuation. Par conséquent, moins l'entreprise sera capable de gérer un risque élevé, plus il faudra cibler étroitement les éléments de promotion (Baldwin, 1987). On voit donc que lorsque les activités de l'entreprise sont génératrices de risques élevés, il est bon que l'autorité réglementante mette en place une approche pédagogique, en collaboration avec l'entreprise.

Le coût d'une campagne pédagogique se justifie lorsque les règles s'avèrent insuffisantes. Plus l'environnement et les méthodes d'atténuation constituent un faisceau dynamique et complexe, voire hostile, plus la pédagogie s'impose[48]. Elle constitue un préalable lorsqu'on souhaite acheminer les entreprises vers l'autoréglementation responsable.

Lorsque les dangers et, par conséquent, le niveau de risque sont faibles, on aura recours au conseil pour autoriser la mise en oeuvre des prescriptions réglementaires. Il se peut que de simples négociations aboutissent à une promesse d'exécution, mais il arrive souvent que l'on ne définisse pas à l'avance le remède qui sera appliqué en cas de défaillance. Or, en l'absence de vérification de suivi, le processus d'application est fortement affaibli. Le conseil, en revanche, consiste à offrir des informations, à négocier une solution et à prendre des dispositions assurant le suivi du résultat. Le rôle de

l'autorité réglementante consiste alors à préciser quelles mesures doivent être prises, à en fixer le calendrier et à obtenir, par voie de négociation, l'assentiment de l'entreprise; on programme ainsi le comportement de l'entreprise en énonçant des règles simples et condensées auxquelles elle devra se conformer. Cette méthode convient lorsque l'autorité réglementante traite avec des entreprises bien intentionnées mais mal informées[49].

Les intentions des entreprises et leur volonté de coopérer

La stratégie de mise en oeuvre est en partie influencée par les bonnes ou les mauvaises intentions qui sous-tendent les actions des entreprises[50], ainsi que par les connaissances dont elles disposent. Les développements qui suivent se rapportent à quatre catégories d'entreprises :

1. les entreprises mal intentionnées et mal informées;

2. les entreprises bien intentionnées mais mal informées;

3. les entreprises bien intentionnées et bien informées; et

4. les entreprises dont on a du mal à saisir ou percer les intentions.

Nous étudions, ci-dessous, l'adéquation de diverses stratégies d'application à la lumière des intentions de l'entreprise.

Pour les entreprises qui conjuguent mauvaises intentions et défaut d'information, la stratégie qui s'impose est celle des poursuites. Nous classons dans cette catégorie - celles des «fruits véreux» - les entreprises qui refusent de modifier leur comportement alors que les mesures incitatives mises en place rendent la conformité avantageuse pour elles. Ces entreprises constituent un groupe avec lequel les négociations se déroulent toujours dans l'ombre du glaive et de la balance. Avec elle, il faut mettre en avant le pouvoir que la loi confère aux autorités réglementantes.

Le besoin se fait aujourd'hui sentir de règles précises, correspondant aux besoins des inspecteurs, dont l'observation minutieuse garantira la collecte systématique des éléments de preuve admissibles. Munies de telles règles, les autorités réglementantes seraient mieux à même de poursuivre les entreprises mal intentionnées.

Les entités dont la conformité pose problème seront sensibles à un régime incitatif efficace. Cependant, si l'on veut garantir l'efficacité d'un tel régime, il faut pouvoir adapter rapidement de telles mesures au changement de comportement; il faut, notamment, que les pénalités soient lourdes, les récompenses subtantielles et que le tout

soit appliqué avec uniformité. Il ne faut jamais perdre de vue que les changements de comportement ne sont pas provoqués par les promesses ou les menaces, mais par l'application réelle et concrète de mesures d'incitation. C'est pourquoi il est essentiel que l'emploi de ces mesures soit suivi de très près et continuellement adapté, de manière à en réduire le coût et à optimiser l'efficacité des efforts d'atténuation.

Quant à la méthode du conseil, de la promotion et de l'information, on ne pourra l'appliquer efficacement qu'aux entreprises «bien intentionnées». Mais, là encore, les stratégies d'application n'aboutiront que si les règles et leur dispositif d'application sont porteurs de légitimité et d'autorité. Lorsque l'application des mesures est incertaine, il faut s'attendre à ce que les règles ne soient pas respectées. D'un autre côté, la légitimité et l'autorité des mesures réglementaires peuvent être renforcées par l'action des associations professionnelles, des syndicats et des groupements d'intérêt public.

L'analyse, effectuée par Gray et Jones (1987), des données d'inspection de l'OSHA, fait davantage ressortir le rôle que peut jouer le conseil dans l'obtention de la conformité; cette analyse laisse également deviner l'importance du groupe constitué par les entreprises «bien intentionnées mais mal informées». Leurs données montrent l'incidence profonde des premières inspections, lesquelles sont déclenchées par un nombre moyen de cinq injonctions. Les premières inspections ont réduit de 42 pour cent les violations liées à une surexposition; quant aux deuxièmes inspections, elles ont réduit la surexposition de 65 pour cent[51], les réductions suivantes, elles étaient relativement modestes, surtout passée la quatrième inspection. Compte tenu de ces données, Gray et Jones soutiennent qu'il faudrait orienter massivement le corps des inspecteurs vers la fourniture de conseils; en d'autres termes, les inspections auraient pour objectif principal de renseigner les entreprises sur les obligations dont elles ne s'acquittent pas et sur les mesures simples qui leur permettraient de rentrer dans le rang.

Dans certains cas, on n'est pas au clair sur les intentions des entreprises. Cela ne doit pas, cependant, empêcher les inspecteurs de privilégier la coopération comme méthode de mise en oeuvre. D'après les analyses, effectuées par Scholz, des données d'inspection de l'OSHA, il faut que la coopération représente une valeur suffisante pour convaincre les entreprises dont l'attitude est imprévisible qu'il est plus avantageux pour elles de renoncer à tricher. Ces travaux conduisent à la notion de stratégie du «seuil de déclenchement», au-delà duquel non seulement l'autorité réglementante cessera toute coopération, mais sera également prête à imposer des mesures de plus en plus sévères à chaque nouvelle tentative de fraude - mais aussi à interrompre immédiatement les représailles si l'entreprise change d'attitude et se montre prête à coopérer[52]. On l'a constaté, un faisceau très concentré de mesures d'application, nécessitant un effort considérable en matière de poursuites, conduit à un meilleur respect des règles.

Lorsque l'entreprise fixe une priorité élevée à l'atténuation d'un dommage précis, les autorités peuvent se dispenser d'informer, de mettre à jour ou de programmer

le comportement de cette entreprise. Tant que celle-ci continue d'investir dans l'acquisition d'informations et de savoir-faire, et que ceux qui les lui fournissent peuvent en garantir l'application uniforme et rapide, l'ingérence de type réglementaire reste négligeable. Les autorités réglementantes peuvent se contenter de vérifier si les informations et le savoir-faire sont efficacement mis à profit. Elles doivent également autoriser la stratégie de prévention/atténuation proposée par l'entité réglementée, afin de s'assurer que le moyen proposé offre une protection adéquate. L'autorité réglementante conserve la responsabilité consistant à suggérer des améliorations, à indiquer les points faibles et à aider à la solution des problèmes. En outre, il lui incombe de définir les stratégies visant à renforcer l'autorité des conseillers en sécurité et à vérifier l'exécution, dans l'optique d'une promotion continue des investissements destinés à la protection.

Certaines entreprises accordent une priorité élevée à la prévention/atténuation de certains dommages survenant dans des circonstances exceptionnelles et ayant de fortes chances d'entraîner une catastrophe économique ou politique. On ne peut toutefois pas considérer ces entreprises comme des «fruits sains», car elles ont tendance à négliger les autres dommages. On peut s'attendre à ce que les entreprises ayant pignon sur rue et qui tiennent à leur réputation se soucient d'un éventail plus large de risques pouvant conduire à des calamités; en général, elles se cantonneront aux dommages pouvant faire l'objet d'une large publicité et aux risques dont la réalité a été démontrée de façon quasi indiscutable. C'est pourquoi on ne saurait conclure, lorsqu'une entreprise est disposée à atténuer un dommage particulier, qu'elle est prête à investir pour en atténuer d'autres.

Dans la plupart des cas, les entreprises bien intentionnées n'assignent qu'une faible priorité à la prévention et à l'atténuation du dommage. Ces entreprises ne s'informent pas sur leurs obligations légales, ni sur les méthodes d'atténuation existantes, ni encore sur les compromis liés à chacune d'entre elles. Elles ne se préoccupent pas non plus d'assimiler les principes nécessaires à l'élaboration de techniques efficaces de prévention/atténuation.

S'agissant de cette catégorie, les dommages ne seront atténués que si les inspecteurs assument eux-mêmes la responsabilité de la programmation et de la reprogrammation du comportement de l'entreprise. Pour ce faire, il leur faudra disposer de règles claires et simples, n'exigeant pas une compréhension des principes qui les sous-tendent, ainsi que de procédures ou de techniques simples et bon marché pouvant être adoptées sans transformation préalable. Pour faire adopter ces nouvelles règles et procédures, il leur faudra démontrer, de façon simple et persuasive, quels seront les résultats d'un changement de comportement. Le créateur de risque adoptera ces règles sans pour autant acquérir le savoir-faire nécessaire à l'établissement d'un diagnostic ou à l'amélioration - voire à la simple mise à jour - de ces règles et procédures. En d'autres termes, on peut s'attendre à ce que les entreprises qui attribuent une faible

priorité à la prévention/atténuation pour un dommage spécifique suivent fidèlement les injonctions de l'inspecteur, mais n'aillent pas au-delà. En outre, il existe de fortes chances que les procédures ne soient pas fidèlement suivies et que l'on ne sache ni repérer, ni corriger l'entropie. C'est pourquoi si l'on veut parvenir à un degré élevé de fiabilité, les autorités réglementantes devront exercer une surveillance étroite et constante.

On devra accorder la plus grande attention à l'élaboration de mesures incitatives et à leur mise en oeuvre; il faudra aussi veiller à pouvoir réagir rapidement en cas de changement d'attitude des entreprises. Les données fournies par Scholtz renforcent la théorie de Braitwaith (1985), lequel insiste sur la nécessité d'établir une hiérarchie des pénalités, afin de pouvoir en moduler la sévérité en fonction du degré de conformité aux prescriptions. Ces travaux mettent notamment en lumière le rôle positif que pourrait jouer un régime de contraventions, pourvu que les pénalités infligées et les incitations prodiguées suivent de très près les fluctuations du comportement des entités réglementées. Le recours à des techniques de mise en oeuvre et à des stratégies d'incitation de cet ordre est l'un des moyens que l'on peut employer pour inciter les entreprises privées à hisser beaucoup plus haut la priorité accordée à la prévention/atténuation du dommage.

3.2.1.3 Résumé

D'après le modèle de l'autoréglementation responsable, l'autorité réglementante aide les entités privées à assumer elles-mêmes la responsabilité de l'atténuation des dommages. Il s'agit, pour cette autorité, de former autrui à élaborer des systèmes de prévention et d'atténuation du dommage suffisamment souples pour s'adapter à des situations nouvelles. En théorie, l'exécution fait l'objet d'une surveillance et les informations communiquées dont dispose l'autorité réglementante lui permettent de juger le niveau de conformité. Lorsqu'apparaissent des défaillances, l'organisme responsable s'efforce alors de rétablir la situation en appliquant un régime incitatif correspondant au niveau de risque et à l'état d'esprit des entreprises concernées.

Il ne faut guère s'attendre à ce que le nombre d'entreprises appliquant avec efficacité l'autoréglementation responsable dépasse une simple minorité. Si l'on veut renforcer cette proportion, il faudra alors accroître substantiellement le nombre d'entreprises convaincues qu'un dommage donné risque d'avoir pour elle des effets catastrophiques. De plus, il faudrait leur ôter la possibilité de s'assurer contre ce genre de catastrophes, étant donné que la perspective d'une indemnisation rendra moins nécessaire d'investir aux fins de la prévention et de l'atténuation.

3.2.2 Le processus d'approbation conditionnelle : l'octroi de licences à des activités à haut risque

3.2.2.1 Objectifs et avantages

Un grand nombre d'activités à haut risque se déroulant à l'extérieur du secteur de la santé et de la sécurité sont, aujourd'hui, assujetties à l'obtention d'une licence. En Australie, cependant, l'attribution de licences pour certaines activités à haut risque constitue une forme de réglementation de la santé et de la sécurité au travail, ainsi qu'une technique visant à limiter l'incidence de comportements créateurs de risques.

On justifie l'octroi de licences à ces activités à haut risque - par opposition à une interdiction pure et simple - en faisant valoir que l'obligation d'obtenir et de conserver une licence découle du droit, octroyé à titre conditionnel, d'exercer une activité, le droit d'exercice pouvant être retiré par l'État s'il considère que le risque est trop élevé. On peut appeler ce genre de réglementation le processus d'approbation conditionnelle.

Le régime des licences octroyées aux producteurs, à leurs produits et aux personnes engagées dans des activités à haut risque caractérisent notamment le régime réglementaire du secteur pharmaceutique, mais aussi celui régissant la sécurité des équipements de transport, les technologies nucléaires, les déchets toxiques, le secteur des valeurs mobilières, les institutions financières et les produits dangereux. Le gouvernement effectue une vérification préliminaire des plans des entreprises, afin d'optimiser les perspectives de prévention, et il en vérifie les résultats a posteriori, afin de pouvoir déterminer la quantité et la répartition des dommages occasionnés.

Le régime d'octroi de licences peut incorporer les objectifs de l'observation volontaire en matière de prévention et d'atténuation du dommage. En effet, le processus d'approbation conditionnelle est assimilable à la rédaction d'un contrat entre les pouvoirs publics et une entreprise privée. Ce contrat définit les obligations de chacune des parties, énonce les procédures permettant de déterminer si les obligations ont été honorées et établit des critères permettant de juger les résultats. Cependant, on ne prévoit pas à l'avance les remèdes applicables en cas de défaillance du secteur privé, mais on procède plutôt à une renégociation du «contrat». Toutefois, la nécessité d'obtenir une licence pour pouvoir exercer l'activité incite le créateur de risque à adopter des techniques et des procédures acceptables en matière de prévention et d'indemnisation.

Le système de l'approbation conditionnelle permet à des intérêts divers de participer au processus d'autorisation et d'aider à définir la notion de diligence raisonnable. Il importe toutefois que les organismes réglementants conservent le pouvoir de fixer les conditions d'octroi lorsque la situation nécessite une compétence

spécialisée en raison de la complexité et du coût des techniques et des protocoles d'atténuation. À défaut, lorsque les conditions d'octroi sont considérées comme des décisions et non pas comme un processus[53], les conditions recommandées seront autorisées non pas par l'organisme réglementant mais par l'exécutif gouvernemental. Dans de telles circonstances, on risque de ne pas accorder l'importance qui leur revient aux nécessités en matière de prévention et d'atténuation, et les objectifs en matière politique et économique risquent de prendre le pas sur la recherche d'une plus grande efficacité et d'une plus grande fiabilité des systèmes d'atténuation du dommage.

Le processus d'approbation conditionnelle permet d'envisager l'adoption de définitions «sur mesure» de la notion de diligence raisonnable, et permet également de fixer des normes-seuil en matière de conception. Il nécessite souvent une certaine souplesse à l'égard des conditions qu'un accord et des amendements éventuels. Ce processus laisse une large place à une participation du public, non seulement à la définition des conditions entourant une approbation, mais également aux critiques pouvant être adressées à ces conditions avant qu'on ne leur donne une forme définitive[54].

3.2.2.2 La mise en oeuvre des pouvoirs

Les outils de négociation

Du fait que le créateur de risque a besoin d'une autorisation, l'autorité réglementante dispose d'un pouvoir considérable lors des négociations visant à définir les conditions de cette autorisation. Il incombe au créateur de risque de convaincre l'autorité qu'il va prendre des mesures de prévention adéquate, c'est-à-dire que les techniques et protocoles d'atténuation qu'il envisage ramèneront le risque à un niveau acceptable pour la société. De même, ce besoin d'obtenir une autorisation renforce la position de l'autorité réglementante lorsqu'elle s'efforce de négocier, à l'avance, des engagements ayant pour objet de réduire le dommage au cas où la prévention s'avèrerait insuffisante.

Les inspecteurs britanniques chargés de veiller sur la qualité de l'eau, évoqués dans l'étude de Hawkins (1984), ont ainsi mis à profit leur pouvoir d'approbation, en matière d'utilisation foncière, comme moyen de pression lors des négociations visant à obtenir le respect des règlements régissant la qualité de l'eau. De même, les directeurs de ports australiens relevant du *South Australia Department of Marines and Harbours*, mentionnés dans l'étude de Grabosky et Braithwaite (1986), peuvent accorder ou refuser l'autorisation de pomper du pétrole après la tombée de la nuit. Ils peuvent donc retirer ce privilège à une entreprise qui refuserait de nettoyer une nappe de pétrole ou d'adopter les mesures préventives suggérées par le responsable du port. Ce dernier

délivre également les permis d'embarquement de bunkers. Or, le refus de délivrer ce genre de permis constitue une sanction redoutable, que les directeurs de ports sont prêts à utiliser contre les récalcitrants qui ne prennent pas immédiatement, et d'eux-mêmes, les mesures d'assainissement. On voit ainsi que, pour faire un usage efficace du processus d'approbation conditionnelle, il importe de bien comprendre le pouvoir que le régime des permis confère à l'autorité réglementante, et de s'appuyer également sur le pouvoir dont disposent d'autres organismes de réglementation.

Les stratégies de prévérification

On trouve, dans les écrits consacrés aux activités à haut risque, l'énumération suivante des stratégies de prévérification utilisées pour fixer les conditions d'une autorisation :

1. La tenue d'audiences publiques, dont l'objet est d'évaluer les projets et/ou les résultats obtenus, ainsi que les analyses effectuées par des experts ou par les entités exposées; on obtient ainsi une forme de contrôle extérieur à l'entreprise.

2. La réduction de la durée d'une licence, ce qui comporte deux corollaires : augmentation de la fréquence des vérifications et intensification du contrôle extérieur auquel est assujettie l'entreprise réglementée.

3. Modification des conditions de l'approbation, par l'adjonction de conditions ou de normes précises de résultats. Lorsque l'autorité réglementante utilise à bon escient le régime d'octroi de permis, elle peut renforcer de façon notable sa position au moment de négocier ces amendements.

4. La mise en concurrence du créateur de risque pour le renouvellement de la licence, afin d'améliorer les engagements pris par l'entité réglementée, en matière de prévention et d'atténuation, dans le but d'obtenir l'autorisation.

Le résultat des vérifications

On suggère les stratégies suivantes pour la surveillance des activités à haut risque :

1. Adresser au créateur de risque un courrier précisant quelles améliorations il doit apporter aux techniques et aux protocoles d'assainissement. Cette méthode est assimilable à l'avis/injonction d'amélioration.

2. Suspendre la licence jusqu'à ce que les techniques et protocoles d'assainissement aient été adoptés ou utilisés de façon plus fiable. Cette stratégie est analogue à celle des avis/injonctions d'amélioration et des ordonnances d'interdiction.

3. Retirer leur licence aux professionnels chargés d'administrer les protocoles de sécurité. En Australie, on peut citer parmi les professionnels dont la responsabilité est engagée, du fait qu'on leur a accordé un certificat de compétence : les mécaniciens aéronautiques, les chaudronniers, les directeurs de mines, les opérateurs de grues, les conducteurs de locomotives, les commandants de navires et les personnes travaillant sur des sources radioactives.

4. La suppression pure et simple de la licence, c'est-à-dire l'interdiction absolue d'exercer l'activité réglementée.

À première vue, ces stratégies semblent moins orientées vers le conseil, la promotion et la pédagogie que les méthodes ordinairement employées dans le domaine de la santé et de la sécurité. Il faut toutefois souligner que la tenue d'une audience afin d'évaluer les projets et les résultats d'une entreprise, offre un contexte privilégié pour le conseil, la promotion et la pédagogie. En d'autres termes, cette approche réglementaire transfère la responsabilité des inspecteurs à l'enceinte où doivent se dérouler les négociations avec l'autorité réglementante, mais aussi avec le public.

L'octroi d'une autorisation conditionnelle

Tout comme pour l'autoréglementation responsable, les stratégies évoquées ci-dessus mettent l'accent sur l'autorisation et sur la vérification, sur les avis/injonctions d'amélioration et sur les ordonnances d'interdiction; toutefois, les stratégies qui mettent au premier plan les conditions d'une autorisation sont nettement plus perfectionnées. En effet, lorsqu'on met en relief les privilèges octroyés par le gouvernement à certaines conditions, on est en mesure de définir avec précision les obligations du secteur privé envers le public, et on en établit ainsi la légitimité. Ainsi, le gouvernement encourage la conformité, sans pour autant empiéter sur le périmètre défini par les droits en matière de propriété individuelle[55]. On voit donc que le processus d'approbation conditionnelle suscite, pour les entreprises privées, moins d'ingérence que les stratégies de mise en oeuvre.

En fait, le processus d'approbation conditionnelle oblige les entreprises à acquérir un savoir-faire. Elles doivent, en effet, se familiariser avec la réglementation, recueillir et traiter des informations techniques et sélectionner des techniques et des protocoles d'atténuation idoines, tant pour elles-mêmes que pour la société. C'est pourquoi, à un

moment donné tout au moins - lequel risque d'être fugitif - l'entreprise a vraiment intérêt à investir dans l'acquisition de savoir-faire. Mais une fois créée l'incitation à investir dans une stratégie préventive, l'octroi d'une autorisation risque d'affaiblir les chances de sa mise en oeuvre ou de la prise en compte de certains dommages dans l'avenir. C'est pourquoi, si l'on souhaite que le processus d'approbation conditionnelle ait de meilleures chances de conduire à des investissements continus, il faut effectuer de véritables vérifications et prévoir un régime d'autorisations successives, le respect des normes fixées pour une étape conditionnant l'autorisation de l'étape suivante.

L'efficacité de la méthode de l'approbation conditionnelle dépend du niveau de risque que présente l'activité, mais aussi de l'ambiguïté éventuelle des conditions de l'approbation. C'est ainsi que lorsque les principes de base des techniques de prévention et d'atténuation ne sont pas connus, les conditions d'octroi d'une licence manquent de précision[56]. D'où le danger que certains dommages ne soient pas décelés avant le dépôt de la demande de renouvellement de la licence ou même, si les critères de surveillance sont trop vagues, que ces dommages passent complètement inaperçus.

La nécessité d'une vérification proactive

Il est essentiel, lorsqu'on applique le processus de l'approbation conditionnelle à des situations à haut risque, de procéder à des vérifications régulières et exhaustives, afin d'assurer la conformité et de surveiller l'atténuation des dommages. Cependant, la vérification et l'application n'ont pas toujours l'efficacité souhaitée, si bien que l'approbation conditionnelle devient davantage un moyen de persuasion qu'une forme véritablement fiable de réglementation. À titre d'exemple, s'il est vrai qu'une autorisation de l'*Australian Trade Practices Commission* peut être révoquée, étant donné que cette dernière ne dispose ni des ressources ni - de son point de vue - du mandat lui permettant d'agir de façon proactive, il faut attendre qu'une plainte soit déposée pour organiser une audience ayant pour thème le retrait éventuel d'une autorisation.

Grabosky et Braithwaite (1986), dans leur analyse consacrée au régime d'approbation conditionnelle mis en place pour garantir la sécurité dans le domaine de la conception automobile, observent que, lorsqu'un prototype satisfait aux normes de conception, une plaque de conformité est délivrée, pour être ensuite apposée par le constructeur sur ses véhicules. D'après les auteurs, la seule vérification a posteriori consiste en une inspection, à intervalle de dix-huit mois, du système de contrôle de la qualité mis en place par le fabricant. En d'autres termes, aucun essai indépendant de la part du gouvernement n'est prévu pour assurer la conformité du produit final[57].

Dans le domaine aéronautique, en revanche, on a adopté une approche proactive en matière de vérification et d'application. Outre les vérifications préliminaires portant sur la méthodologie de conception, les procédures de contrôle de qualité et les

méthodes visant à démontrer la conformité aux normes, certains essais doivent être effectués en présence des autorités du pays d'origine, voire, pour les plus critiques, en présence de représentants du *Commonwealth Department of Aviation*. Les compte rendus d'essais sont ensuite vérifiés par l'administration du Commonwealth. En outre, lors de la construction, «chaque étape de la production doit être contresignée par un agent, lequel est employé par le fabricant mais responsable devant l'autorité nationale chargée de déterminer la navigabilité»[58]. Une fois l'aéronef homologué, les tests d'aptitude au vol sont effectués à intervalle régulier, et l'entretien est vérifié par des inspections aléatoires. En cas de non-conformité, les mécaniciens chargés de l'entretien s'exposent à perdre leur licence.

La différence entre les deux approches évoquées donne à penser que, pour les autorités réglementantes, les avions présentent nettement plus de risques que les automobiles. Il semble également que les méthodes proactives de vérification et d'application soient réservées aux activités présentant un risque élevé pour un nombre important de personnes.

Or, en l'absence d'une méthode proactive de vérification et d'application, l'efficacité du processus d'approbation conditionnelle - en tant que mécanisme visant à sensibiliser les entités réglementées - se trouve considérablement affaiblie. On peut en conclure que l'appréciation portée par l'autorité réglementante sur les risques de catastrophes constitue une variable déterminante pour l'efficacité des procédures de vérification et d'application. En effet, lorsque le risque de catastrophe est jugé important, non seulement la vérification portera sur la fiabilité de l'exécution, mais elle visera également à augmenter l'efficacité des technologies et des protocoles, afin de renforcer les mécanismes de prévention et d'atténuation.

3.2.2.3 La recherche de la conformité par l'évaluation du risque : le danger de distorsion

C'est en fonction des dommages potentiels liés à une activité que l'on décide si cette activité doit être réglementée et si, pour ce faire, on autorisera la mise en oeuvre d'instruments réglementaires, de sanctions et de mesures incitatives. Le degré d'entente sur les définitions déterminera dans quelle mesure les poursuites ont des chances d'aboutir, si les conditions d'une autorisation sont controversées et si les ressources réglementaires sont allouées de façon adéquate. On voit donc qu'il est essentiel de définir avec précision le facteur de risque lié à une activité donnée.

L'évaluation du risque est un processus visant à prévoir les dommages, qui suppose les activités suivantes :

- identifier les risques;
- quantifier les dommages potentiels;
- distinguer les causes des corrélations;
- définir et, au besoin redéfinir les principes régissant une prévention efficace;
- évaluer l'efficacité relative des différentes méthodes envisagées pour la prévention;
- évaluer les compromis entre coût et efficacité qui devront être incorporés aux définitions de la diligence raisonnable et aux définitions du risque acceptable par la société; et
- évaluer la nécessité d'atténuer le préjudice causé ainsi que les dommages ayant dépassé les prévisions.

Le débat sur l'efficacité relative des législations pénale, civile ou administrative comme instrument permettant de définir la non-conformité en matière réglementaire, est en grande partie centré sur le critère utilisé pour déterminer si le dommage causé est inacceptable pour la société et s'il y a lieu d'imposer des sanctions et/ou des mesures correctrices. Se pose alors la question des préjudices inhérents, liée à celle de savoir si le critère retenu permet d'empêcher l'apparition de faux positifs ou de faux négatifs. En d'autres termes, le critère faillira-t-il à son objet en décelant des dommages non existants, ou au contraire en ne décelant pas des dommages réels ? La réponse à cette question déterminera si l'on peut s'appuyer sur les corrélations entre le risque et le dommage pour établir la responsabilité légale, notamment en matière d'atténuation, et déterminer si cette responsabilité peut être conjointe et individuelle[59].

Selon Ross Cheit (1987), la formation professionnelle des personnes chargées d'évaluer le risque a une incidence sur leur tolérance à l'égard des faux positifs et des faux négatifs. De la même façon, le niveau et la nature de la formation professionnelle peuvent contribuer à délimiter le domaine de responsabilité propre à l'individu en matière de collecte de l'information et d'exercice de la diligence raisonnable et le domaine où il incombe au gouvernement de fournir des informations et d'assurer la protection contre les dommages. S'appuyant sur ces différences, Cheit soutient que responsables publics et responsables privés de l'établissement des normes parviendront à des définitions différentes de ce qui constitue un risque acceptable, car les responsables privés ont, pour la plupart, une formation d'ingénieur tandis que les responsables publics ont généralement une formation juridique.

Comme on l'a vu au chapitre Deux, lorsque le risque de catastrophe est réel, les entreprises effectuent d'elles-mêmes des investissements substantiels au titre de la prévention. C'est pourquoi il importe - même s'il s'agit d'une condition nécessaire mais non suffisante - d'éliminer toute ambiguïté quant à la cause du dommage si l'on veut

améliorer la prévention, notamment lorsque les mesures préventives sont coûteuses et leur élaboration complexe. En effet, le fait d'administrer la preuve d'un dommage concret contribue puissamment à la prise de mesures.

Par ailleurs - et sous réserve que le risque associé à la non-conformité ne soit pas considéré comme trop lourd par l'autorité réglementante, lorsque les méthodes de prévention sont complexes et coûteuses, on voit augmenter les chances de mansuétude envers les contrevenants. C'est ainsi que la stratégie de réforme réglementaire avancée par le gouvernement fédéral canadien en 1986 insiste expressément sur la nécessité de limiter les coûts ainsi que les manifestations d'ingérence liées à la réglementation, et préconise la non-intervention lorsque les méthodes préventives sont onéreuses et compliquées. L'autorité réglementante est alors exhortée à empêcher les faux positifs, plutôt que les faux négatifs. Une telle orientation a pour effet, lors du processus de négociation d'une autorisation et d'allocation des ressources réglementaires, de faire pencher la balance en faveur des créateurs de risque et au détriment des entités exposées; l'autorité réglementante, au lieu de gérer l'interdépendance, contribue alors à créer des catégories de privilégiés et de défavorisés.

Lorsque prévaut ce genre de situation, il faut s'attendre à voir les entités exposées bien informées se convaincre que la seule façon de renforcer la protection consiste à limiter la marge accordée à l'autorité réglementante. Ces entités seront alors enclines à rejeter la notion d'observation volontaire, et l'on risque de voir se créer des relations conflictuelles et s'exercer des pressions en faveur d'une surréglementation.

3.2.2.4 Injonction ou collaboration : le bon choix

Lorsque l'attention de l'autorité réglementante, se détournant de la prévision du risque, se concentre sur la mesure et sur l'atténuation du dommage, il est probable que les créateurs de risque verront s'accroître leur motivation à investir au titre de la prévention, et que les programmes d'observation volontaire paraîtront plus avantageux aux créateurs de risque comme aux entités exposées. En outre, ce processus renforce la responsabilité de l'autorité réglementante à l'égard de la quantité et de la répartition du dommage, de même qu'il incite à moins s'appuyer sur la normalisation, tout en mettant en relief les coûts que doivent supporter les entités exposées lorsqu'on négocie des compromis.

Il incombe à l'autorité réglementante de mettre au point des mesures correctrices et d'en évaluer l'efficacité; cette responsabilité, qui porte au premier plan les qualifications professionnelles des représentants de cette autorité, souligne la nécessité de voir ces derniers travailler de concert avec les créateurs de risque à l'élaboration et à la mise en oeuvre des mesures nécessaires, surtout lorsque la prévention et l'atténuation sont onéreuses et complexes. Dans ce dernier cas, il importe que les secteurs public et

privé soient associés aux décisions d'autorisation et de vérification des résultats, afin de pouvoir utiliser efficacement les ressources publiques et privées. C'est là qu'il faut établir une claire distinction entre la coopération étroite, ou «couplage étroit» et ce que l'on a appelé le «couplage lâche», où il n'existe que peu de coordination entre les parties et d'écoute des problèmes de l'autre.

Lorsque la coordination des mesures adoptées par les secteurs public et privé se fait dans un cadre de couplage étroit et que l'on procède par adaptations mutuelles plutôt que par application de règles normalisées, l'autorité réglementante est alors en mesure de prodiguer des conseils plutôt que d'adresser des injonctions[60], ce qui a pour effet de contraindre les créateurs de risque à se justifier lorsqu'ils n'ont pas appliqué les conseils dispensés, au lieu de leur donner la possibilité de mettre en cause la légitimité de l'organisme réglementant. De plus, le couplage étroit permet une tolérance élevée en matière de risque; en effet, étant donné qu'aucune des parties ne peut agir indépendamment de l'autre, on dispose d'une assurance suffisante que les créateurs de risque seront obligés de s'entendre avec les entités exposées[61].

Les programmes d'observation volontaire s'appuient sur une approche de gestion des risques qui diffère fondamentalement de la réglementation par injonction, puisqu'elle rejette à la fois les prémisses de la gestion scientifique et les structures bureaucratiques qui en découlent[62]. Les programmes d'observation volontaire admettent, en revanche, les postulats de la théorie générale des systèmes et les structures souples auxquelles elle fait appel[63]. Le couplage lâche entre créateurs de risque, entités exposées et autorités réglementantes est remplacé par un couplage étroit. C'est par des consultations permanentes que l'on parvient à des décisions auxquelles tous ont participé et que tous s'engagent à appliquer. Ce processus de consultation remplace les règles et les systèmes rigides qui visent à imposer de l'extérieur les mesures de détection et de correction des erreurs.

Lorsque les techniques et les protocoles de réduction des dommages sont simples, peu onéreux et efficaces, il est possible de recourir à la réglementation par voie d'injonction assortie de contrôles. Dans de telles circonstances, la promotion peut servir à assurer la diffusion et l'adoption des techniques et des protocoles de réduction des dommages.

En revanche, la réglementation individualisée s'impose lorsque les coûts et la complexité des mesures - exprimés en termes absolus - sont élevés ou que les ressources du créateur de risque sont très limitées. Dans ces conditions, il faut prévoir un couplage étroit non seulement entre les entités réglementées et réglementantes, mais également entre les créateurs de risque, les entités exposées et l'organisme réglementant. Ce dernier, dans sa fonction de gestion de l'interdépendance, insiste alors sur l'atténuation et la prévention, c'est-à-dire sur la quantité et la répartition du dommage entre créateurs de risque et entités exposées. Les négociations entre les

parties doivent avoir pour objet de parvenir à un dispositif de prévention et d'atténuation aussi efficace que possible, et au moindre coût possible pour toutes les parties; l'autorité réglementante devra d'ailleurs répondre des résultats auxquels a conduit l'entente négociée. En outre, si l'on veut que l'observation volontaire porte ses fruits, on devra mesurer ses résultats de façon systématique et mettre au point un système de vérification de l'exécution, assorti de récompenses pour les créateurs de risque mais aussi pour les responsables de la réglementation lorsqu'on est parvenu à réduire le dommage et à le répartir de façon moins inéquitable.

3.3 La réglementation en matière de protection du consommateur et de droits de la personne

3.3.1 Le coût de l'atténuation du dommage comme mesure incitative

La réglementation en matière de protection du consommateur et de droits de la personne s'efforce de prévenir et de redresser les dommages causés par des entreprises ou des particuliers à certains consommateurs ou plaignants. Cette forme de réglementation est centrée sur l'atténuation; son avantage tient à ce que l'incitation à élaborer des stratégies préventives est souvent lié au coût même de l'atténuation.

À titre d'exemple, l'*Automobile Defect Total Redress* Program, mis au point par la *Federal Trade Commission* des États-Unis pour traiter les cas de corrosion prématurée des pare-chocs, exigeait de la part de Chrysler une indemnisation totale. Les propriétaires d'automobile n'avaient donc pas à s'adresser aux tribunaux pour bénéficier de l'indemnisation : il leur suffisait de faire constater l'état de rouille et le kilométrage de leur voiture. Étant donné le coût encouru par Chrysler pour dédommager les consommateurs, cette société a été incitée à investir dans des techniques de lutte contre la corrosion prématurée.

En revanche, dans le cas de la transmission défectueuse des véhicules de General Motors et de Volkswagen, l'admissibilité des consommateurs était plus difficile à déterminer. En effet, l'arbitrage obligatoire avait été imposé aux compagnies et non pas aux consommateurs. Cet arbitrage favorisait l'équité envers l'entreprise sur les postes importants mais sans léser indûment le consommateur - c'est-à-dire sans réduire notablement son accès aux remèdes prévus. La nécessité d'un arbitrage onéreux avait été déterminée par le coût du remède mais aussi par la possibilité que d'autres variables auraient pu entraîner le dommage incriminé. En l'occurence, les coûts liés à l'arbitrage incitèrent les créateurs de risque à investir davantage dans le contrôle de la qualité et dans la conception.

3.3.2 La détermination des mesures correctrices appropriées

Dans les affaires citées plus haut, le système de contrôle de la qualité mis en place par les compagnies était inadéquat, si bien qu'un nombre élevé de consommateurs devait subir le même dommage. Il était donc possible de recourir à un remède uniforme, le seul problème consistant à déterminer s'il y avait responsabilité conjointe avec le consommateur sur certains points. Cependant, dans d'autres cas, le remède approprié risque d'être plus difficile à définir. Prenons, par exemple, la détermination du remède approprié lorsqu'en raison d'une discrimination systémique, une personne a perdu ce qui aurait pu constituer son revenu tout au long de sa vie. Dans ce genre d'affaire, le dommage subi ainsi que le remède approprié peuvent varier d'un employé à l'autre; les mesures compensatoires devront donc être définies au cas par cas.

Étant donné que la réglementation en matière de protection du consommateur et de droits de la personne privilégie les mesures correctrices par rapport à la prévision du risque, l'attention se porte davantage sur la conception et la mise en oeuvre des remèdes. Lorsqu'un créateur de risque acquiert la conviction que la mesure correctrice prévue sera régulièrement et pleinement imposée, cela l'incite à prendre des mesures préventives. Cette approche correspond davantage à l'observation volontaire, car la prévention est «tirée» par le régime incitatif plutôt que «poussée» par la réglementation; mais cela nécessite que l'on ne manque pas de déterminer la responsabilité et que les mesures d'atténuation négociées soient pleinement appliquées. En effet, tout laxisme à l'égard des contrevenants ne pourrait qu'affaiblir le régime incitatif.

La tâche principale à laquelle doivent faire face les agents chargés de la protection du consommateur et des droits de la personne consiste à négocier une indemnisation adéquate. Toutefois, comme le soulignent Grabosky et Braithwaite, lorsqu'on privilégie les solutions individualisées ou l'approche au cas par cas, cela gêne souvent l'application uniforme de mesures contraignantes[64]. En d'autres termes, l'approche personnalisée tend à provoquer un gaspillage des ressources et à porter atteinte à l'équité[65].

Quant à la stratégie retenue dans chaque cas pour négocier le remède, son choix est influencé par «la surface juridique du consommateur»[66]. En effet, plus cette «surface» est étroite, plus on a de chances de voir privilégier la médiation comme solution aux différends. Mais on pourra également recourir à la médiation pour privilégier une pleine application de la mesure, en partant de la prémisse qu'un processus qui permet à toutes les parties de présenter leur hypothèse la plus pessimiste aura davantage de chances de parvenir à une solution acceptable par tous. Le but de la médiation est de laisser le médiateur définir les obligations des parties, en se fondant sur sa perception de ce que les parties sont disposées à accepter. En fait, on a recours au médiateur pour pallier l'absence d'un mécanisme de négociations directes et

ininterrompues entre des parties mutuellement dépendantes; la médiation cherche à maintenir les avantages du couplage étroit lorsque ce dernier n'existe pas. Elle convient lorsque les relations entre les parties ne sont pas continues, ou lorsque ces dernières sont incapables de communiquer efficacement et qu'il leur faut, pour ce faire, un intermédiaire.

Le revers de la médiation, comme catalyseur de mesures correctrices, tient à ce qu'elle repose sur le postulat que les parties réunies autour de la table seront les seules à bénéficier ou à pâtir de l'entente négociée. Elle tend donc à négliger l'effet de propagation. Il s'ensuit que les organismes réglementants ne sont guère incités à rechercher les «schémas de plaintes convergentes pouvant faire l'objet d'une solution générale au moyen d'une négociation avec une société ou une association industrielle»[67]. En fait, la médiation, outre le risque d'injustice qu'elle fait peser, est souvent un moyen largement inefficace de restructuration des relations entre consommateurs et vendeurs, ou entre les minorités et les organismes chargés de trancher. C'est ainsi que l'intérêt public, en particulier, est souvent sous-estimé lors de la négociation d'un règlement, du fait que l'autorité réglementante assume souvent le rôle de médiateur au lieu, précisément, de représenter les intérêts du public.

3.3.3 La coréglementation

La coréglementation est une approche commune à la Grande-Bretagne et à l'Australie. Elle cherche à promouvoir un couplage étroit entre firmes appartenant au même secteur, mais aussi entre le gouvernement et les entreprises, afin de remplacer les injonctions par des conseils ou des suggestions. Le public n'est pas invité à participer. En effet, dans la coréglementation, le couplage étroit n'a pas pour objet de réduire le risque, mais d'augmenter le rendement des mesures en traitant avec une industrie prise dans son ensemble, plutôt qu'avec chacune des entreprises la composant. Il s'agit donc d'obtenir de cette industrie qu'elle collabore avec le gouvernement pour s'entendre sur des codes de déontologie et sur des pratiques professionnelles, et de mettre entre les mains des associations industrielles les moyens de faire respecter ces règles par leurs adhérents[68].

Les Australiens, en particulier, ont pris conscience du fait que l'autoréglementation sans responsabilité «risque de devenir une lame à double tranchant, car si les associations professionnelles peuvent contribuer à véhiculer une meilleure déontologie professionnelle, elles peuvent également servir à mettre en place des pratiques restrictives du commerce (entente sur les prix) contraires aux intérêts du consommateur»[69]. C'est pour cette raison que les programmes auto-réglementaires sont soumis à l'approbation de l'*Australian Trade Practices Commission*.

La collaboration avec les associations professionnelles peut être extrêmement fructueuse lorsque l'instrument réglementaire choisi est la promotion, c'est-à-dire lorsqu'il s'agit de convaincre les créateurs de risque d'adopter des ensembles de mesures simples et peu onéreux correspondant à des méthodes de contrôle normalisées. Pour être efficace, la promotion nécessite que l'on tienne compte des contraintes particulières auxquelles une industrie donnée doit faire face, et que l'on soit capable de se faire comprendre non seulement par la direction des entreprises, mais aussi par tous les employés d'une industrie.

Les associations professionnelles peuvent également aider l'autorité réglementante en suggérant la normalisation de règles et de codes de pratiques susceptibles de promouvoir l'organisation de leur secteur. Il est toutefois essentiel que les entités exposées participent à l'évaluation de ces règles avant qu'elles ne soient autorisées, et que ces mêmes entités aient un accès parfaitement libre aux données concernant les résultats; enfin, il faut qu'elles soient en mesure de réclamer une nouvelle procédure d'autorisation en cas de constat négatif. Or, la législation en vigueur en matière de protection du consommateur et de droits de la personne tend à ne pas offrir de telles conditions pour une mobilisation efficace des associations professionnelles. C'est ainsi, par exemple, que l'*Australian Trade Practices Commission* ne consigne, dans les dossiers mis à la disposition du public, ni les données qu'on lui a communiquées, ni l'interprétation qu'en donnent ses agents. Les entités exposées, auxquelles on refuse l'accès à ces données - lesquelles sont, de toutes façon, rarement recueillies de manière systématique - doivent réclamer une procédure de réautorisation avant que les modifications n'entrent en vigueur[70].

3.3.4 Les autres stratégies incitatives

D'autres mesures incitatives peuvent être utilisées en lieu et place des poursuites judiciaires des récalcitrants : par exemple l'octroi de licences et la modulation de l'accès aux contrats passés par le gouvernement. C'est ainsi que le *British Fair Trading Office* brandit la menace du retrait d'une licence octroyée en vertu du *Consumer Credit Act* lorsqu'il veut pénaliser certains contrevenants, notamment dans le secteur automobile. Les organismes réglementants qui cherchent à prévenir des dommages supplémentaires peuvent également recourir aux «deeds of assurance», c'est-à-dire ordonner l'abandon de certaines pratiques.

On peut également utiliser la publicité comme instrument réglementaire, soit comme récompense pour des résultats exceptionnels, soit comme sanction d'une non-conformité prolongée ou dangereuse. Il est vrai que le pouvoir dont disposent les autorités réglementantes de diffuser largement le nom des sociétés coupables de pratiques malhonnêtes peut valoir à ces dernières, pendant une période limitée, un rétrécissement de leur clientèle. Mais il ne faut pas en attendre de profondes

conséquences à long terme. En fait, cette sanction atteint son efficacité maximale lorsqu'elle peut détourner de l'entreprise des clients fidèles et représentant un volume d'achat important.

Enfin, lorsqu'on cherche à prédire l'efficacité d'une campagne de publicité, il importe de déterminer dans quelle mesure l'organisme visé tient à sa réputation. Par exemple, compte tenu de la menace que représente le Sida, il est évident que sa réputation revêt, pour une banque de sang, une importance vitale. Par contre, lorsqu'on a affaire à une entreprise éphémère, qui ne cherche pas à fidéliser sa clientèle et qui peut changer facilement de nom, l'impact sera négligeable. D'une manière générale, on peut dire que la publicité ne contribue que très marginalement à améliorer les mesures de prévention et d'atténuation.

3.4 La réglementation dans le domaine écologique : un régime hybride

3.4.1 L'autorité réglementante, mandataire pour l'environnement

L'attention considérable que l'on a accordée à la réglementation concernant l'environnement tient en partie au fait que l'on a cherché, dans ce domaine, à mettre en oeuvre toutes les techniques réglementaires en usage dans les domaines de la santé et de la sécurité au travail, de la protection du consommateur et des droits de la personne. En outre, cette réglementation a pour but de promouvoir la prévention et l'atténuation des dommages causés non seulement aux êtres humains mais également à l'écosystème. Comme l'a noté Stone, notre régime juridique est basé sur des prémisses homocentriques. Par conséquent, la *Common Law* avantage, de façon caractéristique, les intérêts axés sur la propriété, sans se soucier outre mesure des conséquences pour l'écosystème. De ce fait, l'écosystème a besoin, pour sa défense, de mandataires ou fidéicommis, qui se feront ses champions, notamment lorsque les intérêts de l'environnement et ceux de l'homme sont divergents.

On attend donc des agents responsables de la réglementation écologique qu'ils jouent le rôle de mandataires pour l'écosystème et que, par la même occasion, ils se fassent l'écho des préoccupations sociales et économiques des créateurs de dommages et des entités qui les subissent.

Or, si des notions comme celles de développement durable permettent de mettre en relief le potentiel d'harmonie entre les priorités écocentriques et les priorités homocentriques, il demeure tout de même que le risque de divergence est souvent très élevé.

3.4.2 La souplesse, une exigence

On peut dire que la réglementation écologique traduit la multiplicité des intérêts publics ainsi que l'incapacité des autorités réglementantes à les représenter tous de façon satisfaisante. Le besoin se fait incontestablement sentir d'une large participation à la conception d'un système de vérification, et à l'évaluation de son efficacité et de son évolution : le gouvernement, à lui seul, n'est pas capable de définir ce que recouvre l'intérêt public. D'où la nécessité absolue d'une grande souplesse du processus réglementaire. Si l'on veut parvenir à une véritable efficacité réglementaire, il faut garantir la liberté de l'information et la facilité d'accès aux données, et s'assurer que les créateurs de risque ont les moyens financiers d'acquérir le savoir-faire nécessaire à une analyse et à une utilisation efficaces de l'information.

La réglementation économique s'appuie sur les processus d'approbation conditionnelle pour évaluer le risque que représentent certaines initiatives pour l'environnement et la population. Pour procéder à cette évaluation, il faut que les créateurs de risque adoptent des prémisses différentes de celles traditionnellement retenues par les entrepreneurs et qu'ils se demandent si, en remodelant ces notions de base, ils n'épargneraient pas davantage l'écosystème. Ainsi, la réglementation écologique force les intéressés à se pencher sur la discrimination systémique et sur les méthodes susceptibles d'y remédier.

3.4.3 Redresser la discrimination systémique

Si l'on veut que la conception des mesures d'atténuation réponde aux besoins, il faut impérativement s'attaquer aux partis pris dont on constate l'omniprésence dans tous les examens relatifs à l'environnement. La notion de discrimination systémique admet précisément que certaines défaillances peuvent ne pas être attribuables à des carences individuelles mais s'expliquer par le fait que notre vision des choses est trop étroite et que la perception de nos institutions est tendancieuse - par exemple, on préfère assurer le développement économique du Nord du Canada plutôt que de préserver son intégrité socioculturelle.

On voit donc que la notion de discrimination systémique permet d'envisager les mesures correctrices de façon beaucoup plus large que, par exemple, le droit contractuel. Ce dernier vise à indemniser les particuliers ou les entités lorsque, par manque de ressources, certains ne peuvent honorer leurs obligations. Il faut recourir à des mesures correctrices si, par suite d'un changement dans ses priorités, l'une des parties ne fournit pas la prestation promise. En droit contractuel, le remède vise exclusivement à redresser le tort causé par la défaillance vis-à-vis de l'obligation contractée.

En revanche, dans un contexte où prévaut la discrimination systémique, les remèdes à prévoir, si l'on veut éviter que la lésion ne se renouvelle, sont substantiels. On ne doit pas se contenter d'indemniser les parties lésées, il faut chercher à éliminer la «dérive» systémique, si bien que pour parvenir à l'équité, il faudra aller au-delà du droit administratif. À ce titre, la réglementation écologique constitue un modèle supérieur à celui de la réglementation en matière de droit de la personne pour ce qui est de l'action positive, car elle met l'accent non pas sur l'indemnisation individuelle, mais sur la restructuration des institutions afin d'éliminer la distorsion.

3.4.4 Les concessions à l'entreprise privée : l'approche britannique

L'approche britannique en matière de réglementation écologique est basée sur les arrangements au sein de l'élite; à ce titre, elle prête le flanc aux accusations de discrimination systémique. On constate, en effet, un couplage étroit entre le mode des affaires, celui du gouvernement et l'élite financière, alors qu'il n'existe qu'un couplage lâche entre ces élites et les groupes subalternes. On voit alors prévaloir un mécanisme de coordination qui porte à l'adaptation mutuelle, mais ce phénomène est limité aux élites, celle des affaires et celle des pouvoirs publics, tandis que le mécanisme de coordination entre l'élite des affaires et les autres entrepreneurs n'est autre que la normalisation par le biais de règles, ou la maîtrise assurée par un système interne efficace. Étant donné que l'élite du monde des affaires et celle du gouvernement sont étroitement à l'écoute l'une de l'autre, mais ne se soucient guère des réactions de ceux qui ne sont pas «membres du club», l'intérêt public est exclusivement représenté par l'élite gouvernementale. L'écosystème n'a pas d'autres défenseurs.

De surcroît, le processus de planification et les commissaires chargés d'enquêter tendent à adopter une optique homocentrique plutôt qu'écocentrique, ce qui aggrave encore la discrimination systémique. Les procédures ainsi mises en oeuvre n'exigent pas des auteurs d'une initiative donnée qu'ils adoptent une approche écocentrique ou qu'ils se demandent si le développement ne pourrait pas être réaménagé de manière à réduire les dommages pour l'écosystème. Il s'ensuit que les mesures correctrices sont définies de façon étroite.

3.4.5 Mesures incitatives et normalisation : L'approche américaine

Une analyse de la réglementation environnementale américaine fait apparaître que cette dernière cherche à encourage l'innovation en précisant ce qui doit être fait et dans quel délai, mais sans en arrêter les modalités. C'est ainsi que le Clean Air Act a donné «aux États jusqu'au 31 décembre 1987 pour qu'ils se conforment à des normes, basées sur la santé, visant à réduire l'ozone productrice de smog provenant de diverses sources, y compris les camions et les automobiles»[71]. La loi précisait donc ce qu'il y

avait lieu de faire, et avant quelle date, mais laissait les États libres de choisir la méthode. En revanche, la loi accordait beaucoup d'attention à l'élaboration des mesures incitatives et prévoyait le retrait d'un nombre important de privilèges aux États contrevenants, notamment l'interdiction de travaux de construction et la suspension des crédits fédéraux destinés aux routes et aux égouts.

Étant donné l'organisation des différents systèmes politiques et économiques aux États-Unis, on ne saurait y escompter une concertation; c'est pourquoi l'approche américaine en matière de réglementation privilégie les sanctions et, dans la mesure du possible, la normalisation. Dans son analyse des prémisses de la gestion scientifique, Robert Reich soutient que cette approche visait en partie à renforcer l'équité en dissociant les systèmes politique et économique. Une fois le «découplage» assuré, le corps politique ne peut plus conseiller les milieux d'affaires, il ne peut que leur donner des ordres. S'agissant, par exemple, des techniques de réduction des dommages, ces ordres sont acheminés par le truchement de la réglementation, car la normalisation est un mécanisme d'encadrement auquel on peut avoir recours lorsque la distance entre les parties empêche une adaptation mutuelle. Ainsi, les relations entre les milieux d'affaires et le gouvernement ont pris une forme normalisée, selon le modèle des relations entre les responsables d'une entreprise et leurs employés.

Les Américains se sont beaucoup préoccupés de la conception du régime incitatif. Ils ont consacré une bonne partie de leur tâtonnement dans le domaine de la réglementation écologique, non pas à l'évaluation de l'efficacité relative des instruments réglementaires, mais à l'élaboration de démarches alternatives pour le calcul et l'administration de pénalités et la mise en oeuvre de régimes incitatifs. Les pénalités infligées aux civils ne sont pas calculées en fonction de la gravité de l'infraction, mais de l'ampleur des économies réalisées par une entreprise du fait de la non-conformité. Quant à la solvabilité, elle n'est pas évaluée de façon intuitive par un agent réglementaire, mais effectuée de façon systématique par un ordinateur. Les entités condamnées au pénal en vertu du Clean Water Act et du Clean Air Act perdent automatiquement le droit de soumissionner pour des contrats fédéraux. En outre, des formulaires ont été établis pour les cas de violation, afin d'augmenter les perceptions liées aux ordonnances administratives. Enfin, des réductions de pénalités sont accordées aux entreprises qui prennent des initiatives de nature à dissuader les autres de contrevenir aux normes.

Vogel (1986) souligne la distinction entre l'approche américaine axée sur la normalisation et qui cherche à modifier le comportement par la promotion, et l'approche britannique basée sur les arrangements au sein de l'élite, laquelle conduit à des adaptations mutuelles entre autorités réglementantes et secteur privé. La normalisation suppose que l'on définisse ce qui doit être fait et de quelle manière; quant aux Britanniques, poursuit Vogel, ils précisent ce qui doit être fait et dans quel délai, et laissent les entreprises libres d'en fixer les modalités. L'adoption de normes de résultats

plutôt que de normes de conception élargit l'éventail des options offertes aux entreprises et leur permet de retenir celles qui correspondent le mieux à leur contrat.

L'examen des écrits spécialisés révèle toutefois que les Américains laissent également une certaine marge à l'innovation. De manière générale, l'approche américaine accorde une place considérable aux mesures incitatives, contrairement à la législation britannique. En fait, les Britanniques n'utilisent pas, à la manière des Américains, le régime incitatif comme moyen de promotion de la conformité.

Les tenants de la déréglementation tendent à sous-estimer l'un des avantages importants de l'approche réglementaire : la prise en compte d'autres solutions. Il appartient précisément à la réforme réglementaire de mettre en lumière ce potentiel. La promotion de la compétitivité internationale par le gouvernement fédéral a un objectif en commun avec l'approche écocentrique : celui de ne pas modifier la structure des coûts, mais de transformer plutôt les hypothèses de départ et les institutions. Or, la réglementation environnementale fait la preuve que le processus réglementaire, à condition d'être convenablement structuré, peut contribuer à cette tâche économique essentielle.

3.5 Synthèse des approches sectorielles en matière d'observation volontaire

Les programmes d'observation volontaire ont pour objectif la prévention et l'atténuation du dommage. Pour ce faire, ils ont recours à différentes méthodes et à différents modèles opérationnels. Les modèles analysés plus haut ont en commun des aspects et des concepts importants. C'est ainsi que l'autoréglementation responsable et l'approbation conditionnelle s'appuient, l'une et l'autre, sur la participation des entreprises privées, du public et du gouvernement pour la conception de normes et de techniques. La mise en oeuvre de stratégies réalistes de réduction des dommages nécessite la libre circulation des informations entre les trois parties, lesquelles doivent prendre part à l'évaluation de l'incidence des procédures adoptées sur leurs différents intérêts. L'efficacité, dans le cadre des programmes d'observation volontaire, est le fruit de la concertation entre les parties intéressées, dont chacune doit s'acquitter des responsabilités qui lui sont assignées.

Le choix des stratégies en matière d'observation volontaire est influencé par un éventail de circonstances. Le coût représente toujours une considération importante, notamment pour le créateur de risque. Cependant, il ne doit pas l'emporter sur la réduction du dommage; sinon, les objectifs principaux de l'observation volontaire ne seront pas atteints. Le facteur le plus important à prendre en compte lorsqu'on choisit une stratégie d'observation et le niveau de risque, ainsi que les conséquences préjudiciables liées à l'activité qu'il faut réglementer. Lorsque le risque est élevé et que les conséquences sont importantes, on doit s'attacher à modifier le mode de

fonctionnement systématique des créateurs de risque. Lorsque, en revanche, le risque est faible et que les conséquences sont minimes, il faut prendre des mesures immédiates afin de réduire le dommage en cause, sans chercher à modifier le cadre général. Qu'elles soient bien ou mal intentionnées, les entreprises privées ont besoin de l'assistance des autorités réglementantes et du public pour conserver une priorité élevée à la prévention et à l'atténuation.

Lorsque le risque de dommages est élevé, comme c'est le cas dans certains domaines de l'évolution environnementale ou de la sécurité au travail, le rôle du gouvernement et du public consiste à :

1. effectuer une surveillance ininterrompue;

2. négocier pour obtenir la meilleure protection possible;

3. imposer aux créateurs de risques l'obligation d'atténuer le dommage; et

4. veiller à ce que le créateur du risque assigne une priorité élevée à sa réduction.

Dans les mêmes circonstances, le rôle du créateur de risque devrait consister à :

1. amorcer une autosurveillance, afin de maîtriser rapidement les augmentations de risque et de contrecarrer sans tarder l'entropie éventuelle du système de réduction du risque;

2. veiller à disposer, de façon constante, d'une capacité de conception afin de pouvoir apporter rapidement et efficacement des retouches conceptuelles;

3. se former à réagir rapidement aux propositions visant à améliorer la conception du système de réduction du risque, et mettre en oeuvre les nouvelles conceptions avec rapidité et efficacité; et

4. assigner une priorité élevée à la réduction du risque, afin de pouvoir mobiliser rapidement les ressources nécessaires à la surveillance, à la conception et à la mise en oeuvre.

Lorsqu'il est généralement entendu que le risque est élevé, une action pédagogique est nécessaire pour sensibiliser le créateur de risque et fournir la capacité conceptuelle nécessaire. Les autorités réglementantes doivent avoir les connaissances leur permettant de diriger l'effort pédagogique. En cas de désaccord sur l'appréciation du risque, l'apport d'un régime incitatif devient un élément essentiel de l'opération de sensibilisation.

La conception d'un régime incitatif dépend étroitement de la certitude que les créateurs du risque devront porter la responsabilité de son atténuation, et que le coût de cette dernière fera l'objet d'une large publicité. Là encore, l'autorité réglementante peut jouer un rôle important en exerçant sur les créateurs de risque l'effet de traction qui les mettra sur la voie de mesures préventives volontaires. Lorsque le risque est élevé, cet effet de traction sera sans doute renforcé si l'on définit à l'avance l'obligation d'atténuer les dommages intentionnels, mais aussi les dommages involontaires.

Lorsque les risques et leurs conséquences sont faibles, il est peu probable que leurs auteurs assigneront une priorité élevée à leur réduction ou qu'ils s'engageront dans l'autosurveillance. La capacité de conception leur manquera généralement, et ils ne disposeront pas davantage d'un système efficace de réduction du risque, non plus que des moyens de remodeler ce système pour faire face à de nouvelles circonstances. Étant donné la faible priorité accordée à la réduction du risque, les informations en la matière ne les intéresseront guère, ou ne seront pas mises à profit. C'est pourquoi, si l'on veut qu'il y ait réduction du risque en dépit de ce contexte, il faudra l'imposer. Si l'entreprise ne dispose pas d'une capacité interne de conception, il incombera au gouvernement et au public d'assumer la responsabilité de la mise en place d'un système de réduction du risque, d'en surveiller l'efficacité et de procéder au réaménagement du système en fonction des besoins.

On voit donc que, lorsque le risque et les conséquences sont faibles, il n'y aura conformité que si elle peut se faire à peu de frais et de manière simple, et si les autorités l'exigent. Les conseils n'étant pas sollicités, il faudra les proposer. Quant à la pédagogie, elle demeurera lettre morte si l'acquisition de la capacité de conception ne présente pas d'intérêt, ou si elle ne constitue pas une nécessité. On pourrait alors opter pour la promotion, à condition de la cibler soigneusement. Enfin, le régime incitatif doit tenir compte du fait que le risque est faible et que la non-conformité n'est pas attribuable à la mauvaise volonté, mais qu'elle découle simplement des priorités d'une entreprise.

4.0 LE RÔLE DE L'AUTORITÉ RÉGLEMENTANTE DANS LE CADRE DES PROGRAMMES D'OBSERVATION VOLONTAIRE

4.1 Introduction

Les programmes d'observation volontaire nécessitent que l'on définisse avec précision les résultats que l'on souhaite atteindre. En précisant de la sorte ces résultats et en les rendant publics, l'organisme réglementant établit, par là même, des normes de résultat qui permettent de juger sa propre prestation. Cependant, cela n'est possible que si l'organisme réglementant demeure relativement indépendant de la Couronne, des tribunaux et du corps politique. Pour que ces mesures soient valides, il faut que le contrôle extérieur soit relativement réduit, ou qu'il y ait à la fois un consensus très poussé et une coordination très étroite entre l'organisme réglementant, la Couronne, les tribunaux et le corps politique.

En revanche, un régime de contrôle des résultats présente, entre autres avantages, celui d'offrir à l'organisme réglementant une forme de responsabilité qui lui permet de déterminer, par lui-même, la façon dont il va atteindre les objectifs fixés, tout en lui laissant son autonomie en matière de méthodologie. Or, un tel élément est d'une importance décisive pour les programmes d'observation volontaire, car il réduit les risques de surréglementation. Par la même occasion, la fixation d'objectifs précis réduit les risques de surréglementation. Ainsi, l'autonomie en matière de méthodologie permet aux agents réglementaires de mettre à profit leur expérience professionnelle pour atteindre les objectifs; quant à ces derniers, ils contribuent en principe à limiter les cas de non-conformité demeurés impunis.

Nous nous proposons d'analyser, ci-après, le rôle de l'autorité réglementante dans un tel contexte. En nous appuyant sur les bases établies au chapitre 3, nous pouvons commencer à identifier les différents rôles qui reviennent aux agents réglementaires dans le cadre des programmes d'observation volontaire, et les contingences auxquelles ils sont soumis. Nous examinerons le rôle de ces agents au cours des différents phases du processus réglementaire, en nous penchant de façon plus détaillée sur les mesures et les options qui s'offrent à eux au cours de l'application, pour explorer enfin le phénomène d'ingérence inhérent à la gestion, par l'autorité réglementante, de l'interdépendance entre les parties. Tout au long de cette analyse, nous considérerons les instruments réglementaires tels que la loi, les audiences, les licences, les avis, etc., comme des éléments essentiels pour l'accomplissement de la fonction réglementante.

4.2 Le rôle de l'agent réglementaire au cours des différentes phases de la réglementation

Le rôle que les agents réglementaires sont appelés à jouer dépend de l'étape du processus réglementaire à laquelle se situe leur intervention. On peut, à ce propos, distinguer au moins trois étapes distinctes :

1. le diagnostic/évaluation du risque;
2. la conception du système;
3. le suivi/la surveillance.

Sa fonction de supervision peut amener l'agent réglementaire à assumer, au moins en partie, l'un des cinq rôles-clés suivants : enquêteur, interprète, conseiller, pédagogue et évaluateur. Nous analysons ci-dessous chacun de ces rôles, en le rapportant aux instruments réglementaires qui facilitent la réalisation de chacune des phases.

4.2.1 Le diagnostic/évaluation du risque

Le déterminant le plus important du rôle de l'agent réglementaire est le niveau de risque, c'est-à-dire les conséquences que peut avoir l'activité qu'il lui faut superviser. La première tâche de l'agent consiste, par conséquent, à rassembler et à analyser les données sur l'ampleur du risque, la gravité des conséquences et la répartition du risque existant, mais aussi à étudier les prévisions quant aux changements probables dans ces domaines. Ces données l'aideront à identifier les entités exposées, ainsi que la répartition du risque.

Une fois identifiées les entités exposées, l'agent réglementaire doit identifier les créateurs de risque et leur contribution respective au niveau de risque et à ses conséquences éventuelles, pour le présent, mais aussi pour l'avenir. Bien souvent, il suffit d'une simple «tournée» pour recueillir les informations nécessaires à propos des créateurs de risque et de l'efficacité de leur système de contrôle interne. Muni de ces données, l'agent réglementaire peut déterminer l'ampleur des changements à apporter aux grandes tendances de la croissance afin d'offrir aux entités exposées un niveau de protection totalement acceptable. Il lui faudra décider si l'on peut se contenter de réduire la croissance du risque et la gravité des conséquences, en d'autres termes opérer sur l'avenir, ou s'il faut au contraire réduire les niveaux actuels de risque.

Il est possible, grâce à ce processus, de fixer des objectifs provisoires, à condition toutefois de ne pas oublier que ces objectifs s'appuient sur des prévisions dont l'exactitude n'est pas démontrée. Étant donné que les objectifs, en matière

réglementaire, correspondent au degré minimal de prévention et d'atténuation compatible avec un degré acceptable, au plan social, de protection des entités exposées, il est essentiel que les prévisions fassent l'objet d'un suivi continu et que les objectifs soient réajustés en conséquence.

Au cours de la phase de diagnostic/évaluation, l'agent réglementaire adopte le rôle de l'enquêteur : il se préoccupe avant tout de réunir et de trier les informations afin de décrire et d'évaluer le contexte dans lequel se déroule l'activité supervisée.

4.2.2 La conception de systèmes

4.2.2.1 La tâche de l'agent réglementaire

Une fois évalué l'importance du risque, la gravité des conséquences virtuelles et l'incidence que la prévention et l'atténuation pourraient avoir sur la nature ainsi que sur la probabilité du dommage, la phase suivante consiste à élaborer une stratégie ou un système de réduction de ce dommage. Il s'agit de déterminer la façon dont les efforts de réduction doivent être répartis entre les créateurs de risque, et la manière dont les résultats seront, à leur tour, répartis entre les entités exposées. Il incombe également à l'agent réglementaire de prévoir les coûts et les pertes d'avantages liés à l'absence d'encadrement du risque. Là encore, il importe d'assurer un suivi continu des prévisions et de les ajuster en conséquence.

Lors de l'attribution des ressources, les programmes réglementaires doivent déterminer le degré de surveillance auquel seront assujettis les créateurs de risque élevé, moyen ou faible, en fonction de la gravité des conséquences que peut avoir leur activité. Il est essentiel de procéder à une telle détermination car, comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, les méthodes employées varient selon le degré de risque et selon la gravité des conséquences. Plus le risque est élevé, ou plus les conséquences sont graves, plus il est nécessaire d'acquérir et d'affiner un savoir-faire en matière de diagnostic et de conception; de la sorte, lorsque l'autosurveillance révèle une augmentation du niveau du risque, il est possible d'élaborer et d'appliquer rapidement les stratégies appropriées. En d'autres termes, lorsqu'il faut pouvoir réagir rapidement à des événements imprévisibles, les solutions toutes faites doivent céder la place à des stratégies basées sur le diagnostic et sur la conception de mesures individualisées.

4.2.2.2 Le rôle de l'agent réglementaire : interprète, conseiller et pédagogue

La tâche consistant à favoriser l'acquisition et l'affinement d'un savoir-faire en matière de diagnostic et de conception n'est guère aisée; elle nécessite le recours à

l'enseignement et au conseil, plutôt qu'à la promotion; or, une telle démarche ne peut être utilisée avec efficacité que lorsque le niveau de risque est relativement faible[72]. Il s'ensuit que, durant cette phase, l'agent réglementaire pourra être appelé à jouer le rôle d'interprète, celui de conseiller ou encore d'enseignant. Il devra être en mesure de communiquer, aux parties concernées des secteurs public et privé, les résultats de ses évaluations et leurs conséquences sur l'évolution future. Il lui incombera ensuite de prodiguer des conseils sur les options proposées en matière s'assainissement et sur les obstacles à leur mise en oeuvre. Peut-être attendra-t-on de lui qu'il propose certaines variations rendant ces propositions plus acceptables. Cela nécessitera peut-être qu'elles s'appuient sur l'expérience d'autres créateurs de risque, afin de bien cerner et résoudre les problèmes. En outre, il appartient à l'agent réglementaire de bien identifier les éléments acceptables et ceux qui doivent être rejetés, et d'améliorer le plan d'assainissement en conséquence.

4.2.2.3 Les instruments dont dispose l'autorité réglementante

Dans le cadre de sa fonction d'interprète, l'agent réglementaire sera appelé à expliquer certaines obligations légales et à promouvoir l'établissement d'un consensus plus poussé entre les créateurs de risque et les entités exposées; cette mission nécessite qu'il dispose d'instruments réglementaires adéquats. Il pourra ainsi avoir recours à des avertissements verbaux ou écrits, menacer de retirer certains privilèges administratifs; ou encore «bluffer» - en jouant de l'ignorance des intéressés quant à l'autorité juridique véritable dont il dispose[73].

Les rôles d'interprète et de conseiller dévolus à l'agent réglementaire font également intervenir diverses formes de médiation entre les intérêts en présence, dans le but de s'entendre sur des obligations acceptables par les entités exposées comme par les créateurs de risque. On utilise de plus en plus, à cette étape, les techniques alternatives de résolution des différends afin de promouvoir l'établissement d'un consensus, et certains tiers peuvent alors jouer un rôle de catalyseur à l'occasion de négocations privées. L'appellation générale «technique alternative de résolution des différends» recouvre, outre l'examen des faits, une éventuelle enquête de la part d'un expert impartial choisi par les parties pour traiter de questions hautement techniques et pour les aider à sortir d'une impasse. Cette technique s'avère particulièrement efficace lorsqu'il faut procéder à une analyse détaillée de documents, par exemple dans le domaine du recouvrement des coûts. Elle est également utilisée par l'*American Environmental Protection Agency* afin de déterminer la quantité et la nature des déchets déversés par différentes entreprises dans un dépotoir fermé depuis longtemps.

Mais ce sont peut-être les instruments liés au rôle de pédagogue de l'agent réglementaire qui prêtent le plus à controverse. C'est ainsi que la réglementation britannique, notamment celle édictée sous l'égide du *Health et Safety Executive*, insiste

sur ce rôle pédagogique[74]. Cependant, étant donné la gravité du risque, qui encourage le recours à cette approche réglementaire onéreuse, il importe que les violations soient identifiées avec précision et que l'on en fasse bien saisir la gravité au créateur de risque. Il faut que ce dernier comprenne bien que la réduction du risque a fait l'objet d'un mandat moral extrêmement rigoureux et qu'en se soustrayant à ses obligations, il s'expose à de graves sanctions telles que de grosses amendes, le retrait de privilèges administratifs, le retrait de sa licence, la disqualification professionnelle ou l'emprisonnement. En d'autres termes, c'est à l'ombre du glaive et de la balance que cette pédagogie doit se dérouler, et il ne doit exister aucun doute sur les poursuites dont feront l'objet les contrevenants.

4.2.2.4 Résumé

La conception et l'élaboration de systèmes nécessitent plusieurs étapes au cours dequelles l'agent réglementaire doit interpréter et conseiller. Si l'on veut que les créateurs de risque acquièrent le savoir-faire leur permettant de concevoir des mesures et de porter un diagnostic, il est essentiel qu'une communication intensive soit établie et maintenue entre l'agent réglementaire et le créateur de risque. Des ressources considérables vont être investies durant cette phase de «couplage», un tel investissement étant basé sur la conviction qu'une fois ce savoir-faire acquis et perfectionné, il sera beaucoup moins nécessaire d'intervenir par la suite.

4.2.3 La surveillance

4.2.3.1 La tâche de l'agent réglementaire

La phase de surveillance commence une fois le système mis en place : il incombe alors à l'agent réglementaire d'évaluer les résultats positifs et les résultats négatifs; pour ce faire, l'agent effectue une vérification du résultat et présente ses commentaires, toujours accompagnés de justifications. Le créateur de risque, de son côté, met à profit ces informations, de même que celles relatives aux avantages découlant de son investissement, afin de modifier son système et d'en accroître l'efficacité générale.

Lorsque l'agent réglementaire a acquis la conviction que le créateur de risque est à présent en mesure de porter un diagnostic et de concevoir un système, sa mission évolue vers une fonction d'évaluation du système, afin de le rendre aussi sensible que possible aux préoccupations des entités exposées, mais aussi de vérifier les résultats afin de s'assurer que les promesses ont été tenues en matière de prévention et d'atténuation. Il continue de prodiguer des conseils, mais sa tâche est déjà considérablement allégée, car elle est reprise en grande partie par le créateur de risque.

4.2.3.2 Le rôle de l'agent réglementaire : vérificateur et inspecteur

Lorsqu'il s'agit de constituer un dossier en vue d'une accréditation ou d'une évaluation de compétence, l'agent réglementaire assume le rôle d'inspecteur, pour trois sortes de vérifications :

1. évaluation de conformité : cette procédure nécessite un examen sur place et une étude des dossiers de l'entreprise;

2. vérification des résultats : cette procédure nécessite une inspection, un échantillonnage et des analyses en laboratoire; et

3. inspection de la conformité par échantillonnage : cette procédure fait appel à un échantillonnage et à des analyses indépendantes[75].

Une fois ces données rassemblées, il faut les interpréter, en vérifier la validité et décider si le créateur de risque doit être déclaré conforme ou non-conforme.

L'une des différences entre ces trois formes de vérification tient à la marge discrétionnaire dont dispose l'inspecteur au moment de classer le créateur de risque. La procédure d'échantillonnage, par exemple, est la plus contraignante pour l'agent réglementaire, tandis que l'évaluation de la conformité lui laisse les coudées franches. Quoi qu'il en soit, les progrès de l'informatisation permettent la compilation de résultats objectifs; ainsi, l'inspecteur a de moins en moins la possibilité de fermer les yeux sur des cas de non-conformité.

4.2.3.3 Les instruments dont dispose l'agent réglementaire

L'évaluation de la conformité par voie d'inspection a pour conséquence que les mesures effectuées le sont de façon intermittente, en réaction à des situations ponctuelles, plutôt que continues et permettant un suivi du comportement. Afin de pallier ces conséquences, les Américains ont élaboré un nouvel instrument réglementaire : les systèmes de surveillance informatisés. C'est ainsi que la Section de la Recherche technique de l'EPA a entrepris de tester un système de surveillance, par capteur, de chaque substance chimique émise. Les capteurs, reliés à l'ordinateur, permettent une surveillance ininterrompue[76]. Ces techniques semblent particulièrement prometteuses pour la surveillance des déchets toxiques, car si les conditions sont réunies, on pourra envisager un régime de pénalités proportionnelles aux émissions.

L'agent réglementaire dispose ainsi d'une panoplie qui comprend la vérification des conceptions et des prototypes, le système de contrôle de la qualité, les essais de

vérification des propriétés des produits avant et après leur commercialisation. Ce genre de vérification intensive s'applique en particulier à la sécurité aérienne et au secteur pharmaceutique. Quant à la prévérification, on l'utilise beaucoup pour la réglementation des viandes et des volailles.

Il arrive souvent que les vérifications de résultats s'appuient sur un système de licence plutôt que sur des inspections. C'est ainsi que les entreprises exerçant des activités à haut risque, telles que le transport de déchets dangereux ou l'exportation de viande, peuvent voir cette activité assujettie à l'obtention d'une licence. Dans l'état du New Jersey, une entreprise souhaitant obtenir l'autorisation de transporter des déchets dangereux doit faire la preuve qu'aucun de ses agents n'a jamais été condamné pour entreposage illégal ou activité de transport illicite. Toute condamnation entraîne la révocation automatique du permis[77]. Il n'est d'ailleurs pas rare que l'on procède à des vérifications du casier judiciaire des responsables d'une entreprise avant de délivrer ce genre de permis.

Si l'on veut que le système des licences permette un contrôle efficace des nouvelles admissions et encourage la diligence raisonnable, il faut alors veiller à ce que les informations concernant une disqualification soient transmises rapidement à toutes les juridictions concernées. En effet, tant qu'il demeurera possible, aux sociétés comme aux entrepreneurs individuels, de changer de nom, l'efficacité du régime des licences demeurera discutable. En fait, ce genre de régime convient particulièrement aux situations où la réputation joue un rôle considérable; par conséquent, plus l'activité exercée exige des qualifications professionnelles, plus on s'appuie sur les antécédents pour juger une entreprise et plus un tel système aura de chances d'être efficace.

4.3 L'adaptation du rôle et des instruments de l'autorité réglementante en fonction du niveau de risque.

4.3.1 Les situations à haut risque

Lorsque le risque et ses conséquences sont élevés, on peut synthétiser de la façon suivante les différents rôles dévolus à l'agent réglementaire :

1. Enquêteur : recueillir et trier les informations concernant l'environnement ou la situation;

2. Interprète : faire part au créateur de risque des exigences à caractère juridique ainsi que des préoccupations des entités exposées;

3. Pédagogue : développer, chez le créateur de risque, le savoir-faire lui permettant de déterminer s'il a satisfait aux obligations légales, et de décider des mesures à prendre afin d'y satisfaire;

4. Conseiller : identifier les options permettant de satisfaire efficacement aux obligations, et préciser les avantages et les inconvénients de chacune d'entre elles;

5. Évaluateur : déterminer si un plan d'action - et/ou les résultats obtenus - répondent aux obligations légales ou aux critères d'admissibilité aux subsides.

Lorsque le risque est élevé, on a souvent recours au régime des licences comme instrument réglementaire. L'octroi de licences peut alors conférer à l'agent réglementaire des rôles analogues à ceux énoncés plus haut :

1. Évaluateur de la compétence : vérifier que le créateur de risque dispose du savoir-faire et des systèmes de contrôle nécessaires à une activité donnée;

2. Évaluateur : vérifier la conformité d'un plan d'action et/ou des résultats aux critères d'admissibilité.

Lorsque l'octroi de licences se transforme en un processus d'approbation conditionnelle, les rôles suivants peuvent s'ajouter :

3. Agent chargé de définir, sur une base individualisée, la diligence raisonnable : il s'agit d'affiner l'énoncé des obligations, afin de mieux prendre en compte les préoccupations des entités exposées et la compétence des créateurs de risque;

4. Vérificateur des résultats : il s'agit d'établir si les résultats satisfont à la définition en vigueur de la diligence raisonnable, et si l'atténuation s'impose;

5. Créateur de mesures correctrices : il s'agit de définir les obligations à respecter, afin de limiter les conséquences de la non-exécution ou d'une exécution insatisfaisante.

4.3.2 Les situations à faible risque

Lorsque le risque et ses conséquences sont faibles, il incombe à l'agent réglementaire d'élaborer et de promouvoir des procédures d'assainissement à la fois simples, peu onéreuses et faciles à appliquer. Pour ce faire, il sélectionne des ensembles standardisés de procédures et de techniques d'assainissement et informe les créateurs de risque des conséquences que peuvent avoir leurs activités, eu égard notamment au coût, aux victimes potentielles et aux responsabilités sur le plan légal. Il montre au créateur de risque par quel symptôme on reconnaît que les contrôles perdent de leur efficacité, et leur indique comment se faire aider pour porter un diagnostic et élaborer de nouvelles mesures, en cas de besoin.

En tant qu'agent de la promotion, il multiplie les avertissements lorsqu'un créateur de risque s'écarte de la norme, négocie des calendriers d'observation des normes réglementaires, applique une grille de pénalités administratives et fait usage de la menace - ou de la promesse - de nouvelles inspections afin d'assurer la conformité. Toute cette panoplie d'instruments sert à convaincre le créateur de risque d'adopter des techniques normalisées de conformité aux normes.

Toujours en tant qu'agent de la promotion, il pourra mobiliser les entités exposées afin qu'elles surveillent le comportement des créateurs de risque, renforçant ainsi la fonction de contrôle. Comme l'a déclaré, en 1985, le Contrôleur général des États-Unis, «rien de tel, pour dissuader, que cinq cent millions d'yeux braqués sur vous»[78]. Cette technique nécessite que l'on définisse, en termes simples, le préjudice causé à autrui, que l'on décrive clairement le comportement devant être dénoncé et que l'on instaure une procédure simple de dénonciation. C'est ainsi qu'aux États-Unis, l'EPA a utilisé cette méthode dans le *Los Angeles County* afin de détecter les déversements illégaux de déchets toxiques; toujours dans cette veine, au cours de l'automne 1987, des experts-conseils auprès de l'EPA travaillaient à un programme d'application des règlements régissant les réservoirs d'entreposage souterrains[79]. S'agissant des créateurs de risque, on avait eu recours à des assignations, tandis que des programmes de contact direct, des bandes vidéos et des annonces dans les journaux étaient utilisés pour atteindre tant les créateurs de risque que les entités exposées. En Californie, cette forme de promotion devait tout particulièrement réussir à convaincre les employés des entreprises coupables de signaler les méfaits. Sur 36 cas signalés, 26 firent l'objet de poursuites et de condamnation.

L'approche décrite ci-dessus n'exige pas du créateur de risque qu'il élabore un système efficace de contrôle interne; en fait, on ne lui impose que quelques retouches à ses procédures opérationnelles. On voit donc que cette approche est loin de susciter l'ingérence causée par les méthodes appliquées au créateur de risque élevé. Au demeurant, si le seul objectif de la réforme réglementaire consistait à atténuer l'ingérence des autorités, la promotion serait la stratégie à privilégier. Cependant, cette

méthode ne convainc guère les entités exposées, car elle met au premier plan la nécessité de renouveler les normes, sans pour autant renforcer la fiabilité des méthodes d'assainissement.

4.4 Les agents réglementaires dans leur fonction d'application

4.4.1 L'utilisation de la marge discrétionnaire : récompense ou sanction?

Jusqu'ici, nous avons analysé la réglementation sans tenir compte de l'élaboration de mesures incitatives de la conformité, ni du rôle d'application assigné aux agents réglementaires. Ce rôle confère à ces derniers la responsabilité de décider dans quel cas il faut appliquer les règles, et dans quel cas il faut y surseoir. La non-conformité pourra ainsi passer inaperçue ou, si elle est décelée, ne pas faire l'objet de récompense ou de pénalité, ni donner lieu à l'obligation de redresser le préjudice causé.

Si l'on veut que les intérêts des entités exposées soient protégés de façon adéquate dans le cas où le risque, ainsi que ses conséquences, sont élevés, il faut que l'application soit uniforme, et qu'on limite, dans toute la mesure du possible, la non-conformité aux définitions de la diligence raisonnable. C'est pourquoi il incombe aux agents réglementaires de justifier publiquement la non-poursuite de certaines infractions; en d'autres termes, ils doivent énoncer clairement aux entités exposées les avantages escomptés de certains compromis.

Les ensembles de mesures incitatives devraient avoir pour objet de modifier les priorités des créateurs de risque, de transformer les dépenses en investissements et de présenter un rendement justifiant les coûts d'amélioration des systèmes de contrôle. Plus la dépense nécessaire à l'assainissement est élevée, plus la sanction, en cas de non-exécution ou d'exécution insatisfaisante, doit être sévère. Il faut donc que les sanctions, ou les récompenses, soient proportionnelles au coût de ces mesures et de l'atténuation et non pas aux moyens financiers du créateur de risque.

Si l'on veut atteindre les objectifs en matière réglementaire, il faut parvenir à coupler étroitement l'évaluation de la situation et la récompense ou la sanction correspondante. Si la sanction n'est pas exécutée, ou si la récompense n'est pas donnée, le rendement des dépenses d'assainissement en sera affaibli; de ce fait, le créateur de risque attachera une moindre priorité à l'amélioration de la fiabilité de son système de contrôle interne, d'où une moindre efficacité de la réglementation. En résumé, c'est la manière dont les autorités font respecter les obligations qui détermine la mesure dans laquelle les créateurs de risque sont incités à investir dans des procédures d'assainissement.

4.4.2 Les instruments de l'application

4.4.2.1 Les permis d'autolimitation

Dans l'exercice de sa fonction d'application, l'agent réglementaire agrée les définitions de la diligence raisonnable, vérifie les informations destinées à certifier la conformité et applique des mesures de pénalité ou d'incitation en s'appuyant sur l'évaluation des résultats reflétée par les décisions de certification. C'est la vérification du processus de certification qui en assure l'efficacité. Quant aux permis d'autolimitation, ou aux conditions de consentement, ils contribuent de façon utile à définir la diligence raisonnable.

Tout un faisceau d'éléments tend à démontrer que l'autosurveillance n'est pas une méthode efficace de collecte des informations nécessaires à la certification de la conformité. C'est ainsi que le *General Accounting Office* américain, ayant évalué la conformité à l'égard de permis de limitation délivrés par l'EPA, a constaté que 82 pour cent des entreprises visées avaient dépassé une fois, en l'espace de dix-huit mois, les quantités mensuelles autorisées, que 31 pour cent les avaient dépassées au moins de moitié, ou sur une période d'au moins quatre mois. En d'autres termes, lorsqu'un organisme réglementaire compte sur l'autosurveillance, il ne sait pas vers quelles entreprises diriger les mesures d'application, ce qui favorise la non-conformité à long terme[80].

On a également constaté que l'autosurveillance était particulièrement inefficace pour l'identification de l'entropie affectant les procédures de contrôle, notamment en raison d'un savoir-faire insuffisant. Ainsi, les entreprises dépassaient les limites fixées pour les raisons suivantes : carence de l'exploitation et de l'entretien des installations, carence de l'équipement due à une conception médiocre des installations ainsi qu'à une mauvaise formation ou à une attitude négligente de la part des ingénieurs, et enfin équipement de traitement inadapté. Ces données illustrent le fait que l'autosurveillance exige un savoir très poussé, permettant d'identifier et de diagnostiquer les besoins en matière de modifications[81].

D'après les auteurs britanniques spécialisés dans l'utilisation des permis de limitation, il est peu probable que les niveaux fixés dans ces permis soient respectés lorsque l'agent réglementaire assume le rôle de pédagogue, en raison du taux élevé de non-conformité que l'on renonce à poursuivre afin d'encourager l'observation volontaire. On voit ainsi que si la fixation de limites par voie de permis n'est pas assortie de sanctions et de mesures incitatives, ces permis n'auront qu'une utilité relative pour les agents chargés de l'application, et tendront à devenir des instruments de «suasion» plutôt que de réglementation.

4.4.2.2 Les licences

On pourra exiger des intéressés qu'ils obtiennent une licence démontrant leur compétence technique et la validité de leur formation. Qui dit licence dit menace de retrait, ou disqualification professionnelle, c'est-à-dire l'une des formes les plus sévères de sanction dont dispose l'autorité réglementante pour obtenir la conformité. Toutes les licences sont assujetties à renouvellement à intervalles réguliers, ce qui offre l'occasion d'un examen périodique des résultats. Elles sont toujours assorties de conditions, et peuvent être suspendues ou retirées lorsque leurs titulaires ne respectent pas leurs obligations. Elles permettent ainsi de définir, bien qu'en termes généraux, les obligations des créateurs de risque et de leurs principaux collaborateurs, de même que les obligations des dirigeants de l'entreprise.

Toute condamnation pénale entraîne, quasi automatiquement, la révocation de la licence, car le créateur de risque est alors considéré comme indigne du privilège accordé, alors que les sanctions administratives et civiles n'ont pas les mêmes conséquences. C'est pourquoi l'efficacité du régime des licences, et l'efficacité du retrait des privilèges administratifs en tant que sanction, déclinent à mesure que l'on renonce aux poursuites, notamment les poursuites criminelles. Étant donné l'importance que revêt, dans le domaine réglementaire, le régime des licences et des privilèges administratifs, il faudrait aborder ce problème avant que les infractions de type réglementaire, notamment celles qui entraînent des risques élevés, ne soient retirées du Code criminel.

4.4.2.3 Les «casiers de conformité réglementaire» informatisés

S'il est vrai que les conséquences économiques de la suspension ou de la révocation d'une licence peuvent être substantielles, on ne dispose que d'informations parcellaires sur l'incidence réelle de ces coûts. Cependant, l'étude effectuée en 1983 par le *General Accounting Office* sur l'application de la législation en matière de sécurité alimentaire, jette un éclairage sur la réticence des agents réglementaires à ordonner ou à interdire une action donnée à un créateur de risque, à jouer sur l'inspection, à exiger le rappel des produits, à consigner ces derniers jusqu'à obtention de la conformité ou encore à imposer une saisie judiciaire. L'étude constate que les agents réglementaires répugnent à aller au-delà d'une notification de constat d'infraction, car l'instruction d'un dossier criminel nécessite des violations à répétition alors que les informations sur les violations précédentes tendent à manquer.

En revanche, la tenue systématique de «casiers de conformité», calquée sur les fiches d'antécédents en matière de sécurité et associée à l'emploi systématique de pénalités hiérarchisées, permettrait de coupler déchéance des privilèges et application de sanctions. L'établissement de «casiers de conformité» informatisés permettrait de

retracer toutes les interventions de l'autorité réglementante et l'incidence de chaque observation/inspection sur les résultats. On pourrait ainsi suivre facilement et de façon continue, grâce à un document spécialement conçu à cet effet, l'imposition d'obligations et la certification de leur exécution. Ces données serviraient alors au suivi et au calcul des pénalités, et l'on pourrait exiger, par voie législative, que les autorités compétentes les consultent avant d'octroyer certains privilèges.

4.4.2.4 Les ordonnances judiciaires

Les personnes chargées d'élaborer des mesures correctrices se sont considérablement appuyées sur les ordonnances judiciaires pour parvenir à leurs fins, du fait notamment que les tribunaux étaient mieux armés pour superviser les constats[82]. Cependant, les indemnisations imposées par voie judiciaire manquaient totalement d'homogénéité. C'est pourquoi il faut douter de l'efficacité d'un tel instrument lorsqu'on cherche à promouvoir une prévention plus efficace.

4.4.2.5 Les ordonnances de consentement et d'indemnisation

Les ordonnances de consentement constituent, depuis quelque temps déjà, un mécanisme utile pour l'obtention de rapports de conformité et pour le maintien systématique d'archives. Ces ordonnances peuvent servir, également, à obtenir de l'entreprise qu'elle procède à la restructuration nécessaire afin d'établir un système de contrôle interne plus efficace[83]. Aux États-Unis, par exemple, la *Securities and Exchange Commission (SEC)* ainsi que la *Federal Trade Commission (FTC)* ont eu largement recours à ces ordonnances. C'est ainsi qu'en obtenant un jugement prononçant des pénalités civiles - lesquelles peuvent être réduites au vu de l'indemnisation des consommateurs, ou en les combinant avec un fonds de dédommagement - la FTC a réussi à convaincre l'industrie du pétrole et du gaz de distribuer dix millions de dollars à des consommateurs lésés.

Précisons que les ordonnances d'indemnisation de la FTC sont en partie déductibles de l'impôt, tandis que les pénalités civiles ne peuvent pas, aux États-Unis, être considérées comme des frais et déduites à ce titre. En associant les pénalités civiles et les ordonnances d'indemnisation, la FTC a trouvé un moyen d'inciter les créateurs de risque à rechercher les entités exposées, permettant ainsi à des catégories entières de personnes lésées d'obtenir une certaine indemnisation[84].

Ajoutons cependant que l'*Australian Trade Practices Commission* a constaté qu'en l'absence de pouvoirs liés à l'outrage au tribunal, les moyens lui manquent pour faire appliquer les accords d'atténuation négociés. C'est pourquoi les poursuites au civil conservent une certaine primauté lorsqu'on a pour objectifs des obligations exécutoires

d'atténuation. Lorsqu'on cherche à se détourner des poursuites, au profit des ordonnances de consentement, les chances d'application seront meilleures si l'on dispose de «casiers de conformité» établis de façon systématique. Il faudra alors prévoir des techniques fiables permettant de certifier que les obligations d'atténuation ont été remplies, et les assortir de pénalités. En outre, les casiers de conformité risquant de donner lieu à des erreurs lorsqu'on s'en sert comme support d'une stratification, il faudra s'en remettre un peu moins à l'autodéclaration et privilégier davantage les rapports émanant de sources multiples[85].

4.4.2.6 Les pénalités et les amendes

D'après l'expérience américaine, il semble que l'imposition de lourdes pénalités soit un moyen efficace de prévention. Nous avons analysé, dans le chapitre précédent, l'incidence que peut avoir la conviction, de la part du créateur de risque, qu'un refus d'investir pourrait avoir pour lui des conséquences catastrophiques; à titre d'exemple, les données provenant du *California Cooperative Compliance Program* indiquent que c'est la conviction que la loi sur l'OSHA serait bel et bien appliquée qui les a directement incités à former des professionnels de la sécurité.

L'emprisonnement des dirigeants, l'application d'amendes à la fois lourdes et progressives à chaque violation ainsi que la menace d'une disqualification professionnelle, sont autant de mesures incitatives qui encouragent l'investissement au titre de la prévention, à condition que la menace demeure réelle. Les autorités chargées de réglementer le *Mobile Source Program* de l'EPA ont constaté que si elles attendaient qu'une importante compagnie pétrolière ait accumulé une «addition» suffisamment importante de pénalités - environ 250.000 dollars, elles étaient alors bien placées pour négocier avec cette compagnie la mise en place d'un système de contrôle interne plus efficace. Les contraintes budgétaires, ainsi que la réduction des amendes, risquent de réduire ces investissements, mais l'imposition d'amendes substantielles tend à les relancer[86].

Une entrevue avec des représentants de l'*American Chemical Association* a révélé que lorsque l'OSHA, au lieu de réduire les amendes, a imposé des pénalités beaucoup plus substantielles aux contrevenants, les taux de conformité, ainsi que la disposition de l'industrie à élaborer des systèmes efficaces de contrôle interne, se sont améliorés. Il semble donc que le fait d'exiger le paiement intégral d'amendes importantes, au lieu d'avoir un effet dissuasif, contribue à convaincre les créateurs de risque qu'ils réaliseront des économies en investissant dans des procédures de réduction des nuisances. Il faut cependant, pour que ces investissements se poursuivent, que la situation continue d'en confirmer la validité; c'est pourquoi, pour que les coupables demeurent enclins à prendre des mesures préventives, on doit continuer d'imposer et de percevoir des amendes importantes.

Les pénalités et les amendes ne sont que des rouages des mécanismes incitatifs dont l'importance est essentielle pour les programmes d'observation volontaire. La conception d'un tel dispositif est à la base même de l'efficacité réglementaire, car elle détermine si la conformité est considérée comme une dépense, ou comme un investissement dont le rendement peut être calculé à l'avance. En effet, l'une des principales difficultés liées aux poursuites en tant que mesure incitative tient au fait que le résultat n'est que très difficilement prévisible, de même que le rendement de l'investissement. En outre, cette prévision est rendue encore plus difficile lorsque les pénalités et les obligations ne font pas l'objet d'une application systématique.

Les autorités réglementaires peuvent, lorsqu'elles mettent sur pied une structure donnée, prévoir un régime incitatif souple et graduel. Il est donc possible de formuler les conséquences des transgressions en des termes qui tiennent compte du préjudice causé et des carences du système mis sur pied par l'entreprise créatrice de risque. Bien entendu, l'efficacité d'un régime incitatif à la fois souple et complet, dépend à la fois de l'uniformité et du caractère certain de son application. On ne peut donc espérer une prévention efficace qu'à la condition de parvenir à une normalisation très poussée des mécanismes déclenchant les mesures incitatives ainsi que des critères servant au calcul des sommes dues.

4.4.2.7 Les accords d'atténuation

Le choix d'une stratégie d'incitation dépend du niveau de risque associé à une entreprise. C'est ainsi que les amendes forfaitaires ne conviennent que lorsque le risque est faible et que la non-conformité n'a pas entraîné de préjudice. Comme nous le disons plus haut, lorsque le risque est faible mais qu'il a eu des conséquences dommageables, il y a lieu d'associer les amendes forfaitaires aux accords d'atténuation, c'est-à-dire à des contrats négociés entre les créateurs de risque et les autorités réglementantes, auxquelles les entités exposées peuvent participer à des degrés divers. Ces accords prévoient la réduction, voire l'élimination des amendes, en fonction des mesures d'atténuation adoptées par l'entreprise.

Dans cet ordre d'idées, le *Mobile Source Program* de l'EPA a imposé des amendes dont le montant pouvait être réduit lorsque les créateurs de risque se chargeaient d'assurer l'information du public. C'est ainsi que certains d'entre eux obtinrent une réduction en faisant paraître, dans les journaux, des annonces expliquant que le passage d'une source d'énergie à une autre n'est pas rentable. D'autres optèrent pour la distribution de brochures dans les stations d'essence. D'après une évaluation entreprise par les compagnies pétrolières, les messages émanant des coupables avaient davantage d'impact que ceux du gouvernement ou des compagnies pétrolières. En outre, ces messages promotionnels portaient plus efficacement s'ils coïncidaient avec le moment où l'acte illégal était sur le point d'être commis. Il faut, à l'évidence, explorer davantage le

rôle que peuvent jouer les coupables dans la promotion de la conformité. Cependant, les premiers éléments réunis indiquent que la remise des amendes comme instrument de promotion pourrait constituer un sage investissement. Cependant, il faut se garder de les réduire pour un quelconque autre motif. Si le créateur de risque n'est pas en mesure d'honorer ses obligations, le gouvernement reste libre d'en assumer une partie afin d'éviter la prolifération des dommages.

4.4.2.8 Les mesures incitatives hiérarchisées

Les programmes et les expériences évoquées plus haut convergent pour démontrer que, pour parvenir à la conformité, il faut adopter une hiérarchie de pénalités[87]. C'est pourquoi, dans la plupart des cas, et chaque fois que le risque est élevé, la mesure incitative ne doit pas être forfaitaire mais graduée, afin de refléter au moins l'un des éléments suivants :

1. les antécédents de l'entreprise en matière de conformation;

2. la gravité du risque créé, et

3. la gravité et l'étendue du préjudice attribuable à une mauvaise exécution.

En hiérarchisant les mesures incitatives en fonction de ces trois caractéristiques, on peut soit réduire le taux de rendement des entreprises récalcitrantes, soit augmenter celui des entreprises qui ont mis en oeuvre des procédures efficaces d'assainissement et qui continuent de les améliorer.

Les écrits consacrés à la pénalisation des émissions toxiques reconnaissent l'importance de pénalités hiérarchisées en fonction du préjudice causé; toutefois, ils ne mentionnent pas la nécessité de prendre également en compte le risque créé, sa répartition et les antécédents en matière de conformité. Or, une bonne partie de la résistance suscitée par la littérature économique consacrée aux méthodes propres à susciter la conformité, tient justement au fait qu'elle ne tient pas compte des autres facteurs. Il faudra éviter les autres formes de hiérarchisation lors de l'élaboration de la structure incitative, car elles risquent de contrecarrer les mesures incitant à investir au titre de la prévention.

Il existe toute une gamme de mesures permettant de transformer en investissements les dépenses au titre de la prévention et de l'atténuation. L'admissibilité aux privilèges administratifs, les avantages liés au secteur public et au secteur privé et l'octroi de licences se prêtent tous à ce genre de gradation. C'est ainsi qu'un préavis d'inspection constitue un privilège administratif, tout comme la possibilité de se mettre en rapport avec le ministre, ou encore la permission de déroger à une

règle. On peut, parmi les avantages liés au secteur privé, envisager une gradation des taux d'intérêt bancaire ou des primes d'assurance. Quant au secteur public, ces mesures vont de l'accès aux prêts subventionnés par le gouvernement au crédit d'impôt, en passant par les dépenses déductibles, la location de terres de la Couronne ou encore les permis d'exploitation de régies des alcools.

Le remplacement de la notion «d'accès uniforme» par celle de hiérarchisation ou de gradation, permet aux entreprises les mieux loties de rivaliser entre elles pour obtenir les meilleurs avantages; de ce fait, les entreprises dont les antécédents sont moins brillants se verront refuser ou restreindre l'accès à ces avantages. En outre, on pourrait également graduer les mesures de prévention ou de dédommagement, et répartir différemment les coûts de la prévention ou de l'atténuation entre les secteurs public et privé, ou entre les créateurs de risque et les entités exposées, toujours en fonction des mêmes antécédents.

On peut également envisager la hiérachisation d'autres mesures incitatives, telles que l'accès à des définitions individualisées de la diligence raisonnable, l'admissibilité à l'autosurveillance ou le privilège d'autocertification, ou encore l'espacement des vérifications de résultat ou des inspections réglementaires.

Lorsqu'on confère des avantages aux créateurs de risque ayant mis en place des stratégies de contrôle efficaces, au détriment de leurs confrères moins performants, on favorise l'adoption de telles stratégies, dans la mesure où l'on fournit à leurs défenseurs une liste d'avantages qui rendent plus efficaces leurs plaidoyers pour une amélioration du système de contrôle. Ce genre de hiérarchisation renforce les objectifs réglementaires, alors que d'autres formes risquent d'y porter atteinte. C'est pourquoi il importe que, lors de la formulation de mesures incitatives, on veille à avantager de façon systématique les entreprises ayant des stratégies de contrôle efficace par rapport à leurs consoeurs moins avancées dans ce domaine.

4.4.3 Résultats

Le rôle de l'agent réglementaire en tant que promoteur de l'application est des plus complexes. En effet, la surveillance du préjudice causé par une activité n'est que le premier maillon de la chaîne d'application d'une structure incitative. Les programmes d'observation volontaire exigent que l'agent réglementaire soit prêt à passer en revue les antécédents du créateur de risque en matière de conformité, son comportement - abstraction faite de la présence ou de l'absence de préjudice ou de sa gravité et de sa répartition. Une fois pris en compte les différents aspects d'une situation, un dispositif d'application approprié peut être adopté.

Les agents réglementaires et les organismes dont ils relèvent devraient donc, en collaboration avec les parties intéressées, élaborer et appliquer des régimes incitatifs souples et gradués, visant à la mise en place généralisée de techniques d'assainissement à long terme, afin de prévenir et d'atténuer les dommages causés.

4.5 La gestion de l'interdépendance

Pour être efficaces, les programmes d'observation volontaire nécessitent, de la part de l'autorité réglementante, qu'elle maintienne un équilibre entre les différents groupes d'intérêts. Comme nous l'avons vu au chapitre 2, chaque fois qu'il y a surréglementation ou sous-réglementation, c'est-à-dire déséquilibre entre les intérêts publics et les intérêts privés, les objectifs de l'observation volontaire sont contrecarrés. Afin de parvenir à l'équilibre souhaité, les autorités réglementantes peuvent demander à l'appareil judiciaire qu'ils les aident à faire appliquer les règles destinées à protéger les intérêts publics et privés.

Le rôle de l'agent réglementaire consiste, entre autres, à démontrer qu'il est impartiel et capable de rapprocher les entreprises privées et les citoyens afin qu'ils négocient des solutions au problèmes; il doit également collaborer avec l'appareil judiciaire en vue de l'application des règlements; nous étudions, dans cette section, les techniques qui assisteront l'agent réglementaire à asseoir sa légitimité et sa crédibilité aux yeux de ceux dont la collaboration est nécessaire au succès des programmes d'observation volontaire.

4.5.1 Les quatre dimensions de l'ingérence

L'agent réglementaire soucieux de respecter les intérêts du secteur privé devra opter pour l'instrument lui permettant d'obtenir la conformité avec le moins d'ingérence possible. Cependant, l'observation volontaire tient également compte du fait qu'une réglementation efficace suppose le recours constant à une hiérarchie de pénalités et de mesures incitatives destinées à promouvoir la conformité. Il s'ensuit que plus il y a risque de préjudice, plus l'instrument utilisé doit s'appuyer sur l'ingérence : plus il sera difficile d'atténuer un dommage - ou plus la période de non-conformité se sera prolongée - et plus grande sera la probabilité du dommage. Tout abstentionnisme des autorités ne manquera pas d'affaiblir l'application.

Afin de mieux conceptualiser l'ingérence réglementaire, il n'est pas inutile de se représenter les instruments auxquels elle fait appel en rapport avec quatre dimensions distinctes :

1. l'évolution des priorités ou des postulats;
2. l'autonomie de l'entreprise;
3. la normalisation des pénalités et l'enregistrement de la non-conformité;
4. le respect du périmètre privé d'une entreprise.

Chacune de ces catégories peut donner lieu à une ingérence plus ou moins poussée de la part de l'autorité réglementante.

4.5.1.1 L'évolution des priorités ou des hypothèses de départ

La première dimension concerne les stratégies d'assistance. En d'autres termes, dans quelle mesure le gouvernement pousse-t-il le secteur privé à adopter des ensembles de techniques et de protocoles normalisés en matière d'assainissement, une sorte de «clé en main» n'exigeant qu'un faible investissement et un savoir-faire relativement limité ? Ou le gouvernement exige-t-il, au contraire, que le secteur privé modifie ses postulats, notamment en matière de priorités et de compromis ? Dans le premier cas, l'ingérence sera limitée; en revanche, dans le second cas, l'ingérence sera très forte.

Baldwin distingue, en outre, la promotion de la pédagogie, soutenant que la première suscite beaucoup moins d'ingérence que la seconde, car elle ne nécessite pas beaucoup de connaissances, ni l'engagement de recueillir et de traiter de façon continue les informations. Par conséquent, tant que l'ensemble de mesures proposées est simple, bon marché et bien ciblé, son adoption ne devrait pas susciter beaucoup de résistance.

En revanche, la pédagogie est destinée à modifier les postulats, les priorités et les concessions acceptés par l'entreprise et les décisions qui en découlent, et à transmettre les connaissances et les principes conceptuels permettant à l'entreprise d'évaluer ses propres techniques et protocoles d'assainissement. La promotion peut être utilisée lorsque le contexte est simple et stable, tandis que la pédagogie s'impose lorsque le contexte est mouvant, hostile et complexe, rendant la prévision des problèmes difficile. Dans ce cas, les ensembles «clé en main» ne permettent pas de réagir efficacement au préjudice; il faut donc que l'entité réglementée se dote de la capacité d'élaborer des réponses. Les créateurs de risque ne peuvent pas s'en remettre à un inspecteur du gouvernement pour qu'il introduise de nouvelles procédures, compte tenu de l'entropie qui réduit l'efficacité relative des anciennes techniques; cette méthode

serait vouée à l'échec, les inspecteurs risquant de ne pas pouvoir intervenir au moment voulu.

Si l'on veut que la pédagogie joue un rôle efficace comme instrument réglementaire, il faut s'appuyer sur la connaissance mais aussi sur l'expérience, et assurer un suivi efficace; en outre, il faut pouvoir mettre rapidement et effiacement à profit les données réunies en cours de surveillance. Pour cela, un système individualisé est indispensable, afin d'obtenir un diagnostic précis conduisant à des mesures appropriées. Cependant, ces mesures coûtent cher et nécessitent du temps, si bien que les techniques et protocoles d'assainissement risquent d'être atteints par l'entropie; c'est pourquoi il faut en réévaluer sans cesse l'efficacité. Quant à la collecte des informations, elle doit être incessante et les personnes chargées de les interpréter doivent continuellement affiner leurs qualifications.

Afin de conserver la coopération du secteur privé, il faut choisir une stratégie d'assistance conforme à l'évaluation du risque et du préjudice. Dans le cas contraire, l'agent réglementaire sera perçu comme cherchant à promouvoir la surréglementation, dans le cas des stratégies exagérément basées sur l'ingérence, ou au contraire la sous-réglementation, si les stratégies restent sans effet.

4.5.1.2 L'autonomie de l'entreprise réglementée

Le deuxième critère d'appréciation de l'ingérence a trait à l'autonomie et à l'indépendance. Il faut évaluer l'aptitude de l'entreprise à autoriser et à vérifier de façon indépendante la prise de mesures, afin de déterminer si ces autorisations font appel à une prise de décision conjointe, et si la vérification est entreprise par des éléments extérieurs à l'organisation, échappant ainsi à son contrôle. La prise de décision conjointe nécessite une coordination, laquelle est beaucoup plus facile lorsqu'il y a convergence d'hypothèses de départ et de priorités, et que l'on s'entend sur les compromis acceptables. En exigeant la prise de décision conjointe, on s'assure de la prise en compte des intérêts des tiers, puisqu'au lieu de donner des ordres, les partenaires au processus échangent des points de vue. Les relations entre les parties sont moins hiérarchisées et l'on comprend que si l'on réussit à mobiliser efficacement le savoir-faire particulier de chacun des participants, on a de bonnes chances d'améliorer la qualité des décisions et d'en rendre l'application plus facile.

L'ingérence liée à l'investigation réglementaire dépend de la mesure dans laquelle un organisme privé a su mettre en place un système de surveillance efficace. À défaut d'un tel système, l'autorité réglementante doit intervenir pour encourager l'entreprise à se doter des techniques de surveillance jugées nécessaires, et cette intervention sera perçue comme une ingérence. C'est pourquoi, en se rendant autonome et/ou en adoptant un système faisant droit à l'intérêt public, les entreprises privées

peuvent réduire l'incidence de la surréglementation. Elles peuvent aussi influer sur le degré d'intervention réglementaire destinée à équilibrer le jeu des différents intérêts.

4.5.1.3 La normalisation des pénalités et des «casiers de conformité réglementaire»

Le troisième aspect à examiner lorsqu'on évalue l'ingérence concerne la normalisation des pénalités et des mesures incitatives, ainsi que la continuation des cas de non-conformité. En effet, l'uniformité et la normalisation permettent de prévoir avec précision les conséquences de la non-conformité. On peut se demander s'il s'agit d'une simple notation, sans inscription sur un registre public, ou encore si les pénalités et les mesures incitatives se font selon un processus transparent et occupant une certaine durée. Toujours est-il est que la normalisation favorise l'intrusion de la part de l'autorité réglementante, qui doit évaluer dans quelle mesure une entreprise honore ses obligations. En outre, la publication des fiches - ou «casiers» - de conformité peut accentuer la pression sur le fonctionnement de l'entreprise, notamment dans les domaines financier, social ou professionnel.

Les autorités réglementantes, en gérant les conséquences des mesures adoptées pour les entreprises et en publiant les informations correspondantes, peuvent moduler l'ingérence liée au procédé. De ce fait, le degré d'empiétement nécessaire à l'agent réglementaire pour obtenir les informations sera déterminé par la façon dont l'entreprise observera les normes fixées et communiquera d'elle-même des données fiables sur ses activités. En d'autres termes, plus il y aura évaluation régulière des résultats et communication rapide des informations, moins les tenants de l'intérêt public réclameront un resserrement de la surveillance; le processus de surréglementation sera ainsi désamorcé. Par la même occasion, l'évaluation réglementaire empêche la création d'une situation de sous-réglementation, maintenant l'équilibre des interdépendances.

4.5.1.4 Le respect du périmètre privé d'une entreprise

Le dernier critère repose sur la mesure dans laquelle, lorsque les droits sont transformés en privilèges que l'agent réglementaire peut retirer de façon discrétionnaire, il y a empiètement dans le «périmètre privé» du créateur de risque[88]. S'agissant, par exemple, des sociétés cotées en Bourse, les conditions imposées à ces dernières les empêchent de conserver par devers elles certaines informations. Il en va de même du droit de cession des actions, assujetti à la divulgation de certaines informations. En cas de non-observation, ce droit - en fait, ce privilège - peut être retiré, réduisant considérablement l'accès de l'entreprise aux capitaux.

C'est justement le caractère conditionnel des privilèges octroyés par le gouvernement, sous forme de licence, d'inscription sur une liste ou de critères

C'est justement le caractère conditionnel des privilèges octroyés par le gouvernement, sous forme de licence, d'inscription sur une liste ou de critères d'admissibilité, qui offre peut être le moyen le plus puissant dont disposent les autorités réglementantes pour modifier le comportement des créateurs de risque. La panoplie des mesures incitatives est des plus vastes; encore faut-il les mettre judicieusement au service des objectifs réglementaires. La nécessité, pour le secteur privé, d'obtenir une autorisation gouvernementale, confère aux agents réglementaires une marge discrétionnaire. Toutefois cette dernière est génératrice d'incertitude pour le créateur de risque. C'est pourquoi le maintien d'un «périmètre privé» permettrait aux créateurs de risque d'agir exclusivement en fonction de leurs propres priorités, tandis que la recherche des privilèges dispensés par le gouvernement pourrait exiger d'eux qu'ils s'adaptent aux priorités établies par les autorités réglementantes.

4.5.2 La manipulation par l'ingérence

Nous nous appuyons sur les quatre dimensions évoquées plus haut pour évaluer le degré d'ingérence, plutôt que de nous ranger à l'hypothèse généralisatrice selon laquelle toute réglementation est intrinsèquement et nécessairement source d'ingérence. On peut prendre, à titre d'illustration, une ligne directrice actuellement utilisée par le ministère de la Justice du Canada. Cette ligne directrice classe les instruments réglementaires en fonction de leur degré plus ou moins élevé d'ingérence. C'est ainsi que font partie des instruments «légers» les incitations positives, la pédagogie, les avertissements et les sanctions administratives; à l'autre extrémité de l'éventail, parmi les instruments «lourds», on trouve la suspension ou la révocation des licences, les dommages-intérêts, les injonctions et les poursuites pénales[89].

On peut ainsi employer ces quatre critères pour évaluer l'ingérence relative des mesures envisagées par le guovernement, ce qui permet aux agents réglementaires de choisir les instruments les plus «légers» sans pour autant renoncer aux objectifs fixés. Ces quatre critères peuvent également être utilisés pour mettre en place une hiérarchie efficace de pénalités et de mesures incitatives destinées à promouvoir la conformité. À titre d'exemple, les organismes qui ont pour politique de limiter le préjudice qu'ils ont engendré devraient bénéficier de mesures incitatives appropriées et proportionnelles aux charges qu'ils supportent. En effet, plus ce préjudice est probable, plus il est difficile à atténuer et plus longue sera la période de limitation efficace.

On peut imaginer des mesures incitatives tenant compte du phénomène d'ingérence réglementaire et combinant les éléments suivants :

1. extension du périmètre privé et restrictions du pouvoir de retrait des privilèges;

2. réduction du pouvoir de contrainte à long terme dans les domaines financier, social ou professionnel;

3. renforcement de la fonction de conseil, par opposition à celle de commandement; et

4. autorisation faite aux entreprises d'économiser du temps et de l'argent en utilisant leur propre système d'information de gestion, pour la communication obligatoire de données, plutôt que de leur imposer celui de l'organisme réglementant.

Les poursuites au pénal constituent sans doute l'instrument réglementaire le plus lourd, au plan de l'ingérence. Cependant, cette méthode ne cherche pas à modifier les hypothèses, les priorités ou les compromis consentis par l'intéressé, et ne nécessite pas non plus une coordination avec des parties ne relevant pas directement du créateur de risque. Ces poursuites ne conduisent pas nécessairement à des conséquences financières, sociales ou professionnelles catastrophiques pour le créateur de risque; en fait, leur issue est imprévisible. Les risques sont plus élevés pour un avocat - qui risque d'être radié du Barreau au vu de son casier judiciaire - que pour un ingénieur, et les conséquences seront sans doute plus graves si les poursuites font l'objet d'une large publicité, ou encore si la loi prévoit des pénalités maximales qui sont entérinées par l'autorité judiciaire. L'empiètement sur le périmètre privé d'un individu sera plus grand en cas de sentence d'emprisonnement que de simple amende. Ces exemples tendent à illustrer que les poursuites pénales, si elles peuvent être génératrices d'ingérence extrême, ne le sont pas nécessairement. En fait, comme nous l'avons vu plus haut, la pédagogie risque d'aller encore plus loin que les poursuites, puisqu'elle cherche à modifier les hypothèses de base, les priorités et les compromis consentis.

Les relations entre les entités privées et l'autorité réglementante sont profondément affectées par le facteur d'ingérence perturbatrice des mesures réglementaires et par le régime incitatif destiné à renforcer l'application. Dans le cadre d'un programme d'observation volontaire, l'agent réglementaire évalue les résultats sur la base des informations qui lui sont fournies. Lorsque les entreprises privées se chargent d'élaborer les techniques d'assainissement et de fournir les informations, l'agent réglementaire est alors en mesure d'établir une relation de travail avec le secteur privé. Mais lorsque les entreprises ne se conforment pas aux normes et refusent de reconnaître ou de notifier les dommages qu'elles ont causés, l'agent réglementaire doit recourir à l'ingérence afin de maîtriser la situation et de bien faire comprendre à l'entreprise à quel moment l'intérêt public vient limiter l'intérêt privé.

4.5.3 La légitimité de l'autorité réglementante

La gestion de l'interdépendance impose à l'agent réglementaire de réagir directement à l'intérêt public de même qu'à l'intérêt privé. La façon dont le public perçoit la manière dont il s'acquitte de sa mission et la valeur qu'il attribue à cette dernière en influencent la nature ainsi que la crédibilité des mesures adoptées. Lorsqu'il s'agit d'évaluer les risques, plus il y a divergence à propos de la quantité, de la répartition et des conséquences du risque, plus il est difficile de s'entendre sur ce qui constitue un degré et une répartition du risque acceptable pour la société. En l'absence d'un mandat moral clairement énoncé, la fonction pédagogique de l'inspecteur devient plus ardue, car les entités exposées risquent de percevoir la relation entre le créateur et l'autorité réglementante - relation nécessairement étroite si l'on veut parvenir à un encadrement efficace - comme une forme de subornation, voire de machination. Une telle impression risque de saper la légitimité de l'agent réglementaire en tant que fidéicommis du bien public, chargé de protéger les entités exposées contre les créateurs de risque.

Plus la légitimité des agents réglementaires est contestée par les entités exposées, plus il importe que ces dernières participent directement au processus d'autorisation et de vérification, afin de permettre la confrontation entre plusieurs conceptions de ce qui doit faire parti d'un plan d'action acceptable. Plus il y aura divergence sur la notion de stratégie d'assainissement acceptable, plus on aura de chances de voir la légitimité de la réglementation ou des mesures prises par l'agent réglementaire contestée devant les tribunaux ou par les politiques. En outre, les entités exposées intensifieront leur pression afin d'avoir leur mot à dire sur la diligence raisonnable, afin que leurs priorités l'emportent plutôt que celle de l'autorité réglementante.

Si les entités exposées souhaitent participer aux négociations, elles ne manqueront pas de mobiliser différentes sources de contrôle extérieur afin d'augmenter leur poids lors des négociations avec l'autorité réglementante. Cette dernière, de son côté, cherchera à réduire cette influence extérieure afin de pouvoir continuer à former les créateurs de risque au diagnostic et à la réduction de risque. Il est donc probable qu'elle optera pour des stratégies d'application la dissociant des procureurs de la Couronne, des tribunaux et du corps politique, et sa préférence ira aux pénalités administratives plutôt qu'à celles imposées par les tribunaux. Enfin, l'autorité réglementante cherchera à faire obstacle aux amendements législatifs nécessaires.

4.5.4 La transparence

À moins d'un renforcement de la participation du public au processus d'autorisation de vérification, la responsabilité d'un fidéicommis à l'égard de son

commettant risque d'être entamée, l'agent réglementaire devenant alors un fidéicommis de pure forme, ou «faux fidéicommis»[80].

Si l'on veut éviter un tel dévoiement - réel ou perçu - il importe d'adopter des normes clairement définies d'exécution et de faire en sorte que le public puisse être informé sur le respect de ces normes. Ainsi, des normes claires et l'accès à l'information permettent d'éviter que la population ne se méprenne quant à la relation entre l'autorité réglementante et les entités exposées. À cette fin, la présentation d'un rapport annuel, tenant compte du désir du public d'être informé quant à la manière dont les avantages de l'atténuation sont répartis, devient une activité réglementaire de premier plan.

La légitimité de l'autorité réglementante peut être confortée aux yeux du public par un renforcement de la surveillance. En effet, si l'agent réglementaire enseigne à la population comment reconnaître l'aggravation du risque, comment réunir de façon systématique les données sur la non-conformité et comment s'y prendre pour que les autorités réagissent rapidement aux informations ainsi recueillies, il peut réduire d'autant les ressources qu'il doit consacrer lui-même à la surveillance. Ainsi, les efforts conjugués de l'agent réglementaire et des entités exposées représenteront une surveillance quasi continue; en outre, si les plaintes sont rapidement suivies d'effets, il sera plus facile aux autorités réglementantes de convaincre les entités exposées que les stratégies en vigueur protègent efficacement leurs intérêts.

Enfin et surtout, l'autorisation des objectifs réglementaires et la vérification de la conformité sont autant de mécanismes de responsabilité qui ne limitent pas les méthodes offertes aux agents réglementaires. On voit donc que l'élaboration de méthodes qui permettent une large participation du public, sans pour autant créer des coûts ou des retards excessifs, vient s'ajouter aux responsabilités de l'autorité réglementante, mais que cette fonction influe considérablement sur sa légitimité aux yeux des entités exposées.

4.5.5 Le contrôle extérieur exercé par les tribunaux et par les représentants de la Couronne

Le système judiciaire est en mesure d'altérer, de façon considérable, l'équilibre des interdépendances entre les intérêts privés, les intérêts publics et l'autorité réglementante. Par le passé, le contrôle exercé par la Couronne et par les tribunaux a eu pour effet de gêner les organismes réglementants dans l'exécution de leur mandat. En effet, les procureurs de la Couronne et les tribunaux tendent souvent à tolérer la non-conformité sans comprendre suffisamment les conséquences que peuvent avoir leurs décisions sur le quantum et la répartition du risque, ou sur la non-conformité. C'est pourquoi les organismes réglementaires ont pris leur distance à l'égard des tribunaux.

Cependant, ce «couplage lâche» empêche les agents réglementaires de recourir autant qu'ils le souhaiteraient à la rigueur de la loi afin de s'assurer que les créateurs de risque satisfont à leurs obligations à l'égard du public.

Les programmes d'observation volontaire supposent que l'on redéfinisse le rôle des tribunaux et celui de l'autorité réglementante. Les pénalités ne sont plus alors qu'un des moyens offerts à l'agent réglementaire. Parallèlement, étant donné que l'attention se concentre sur l'amélioration des stratégies afin de garantir l'exécution et de remédier aux conséquences de la non-exécution, il incombe davantage à l'agent réglementaire de surveiller les résultats et d'affiner ce que l'on entend par diligence raisonnable et mesure correctrice. De ce fait, ils sont davantage en mesure d'obtenir les résultats escomptés. Cette approche se distingue du modèle de dissuasion qui prévaut aux États-Unis, lequel s'appuie principalement sur l'imposition de pénalités plutôt que sur des mesures visant à courriger les effets de la non-exécution. Le législateur américain a donc préféré punir la non-conformité plutôt que de garantir l'exécution.

Bien souvent, les tribunaux n'ont pas l'expérience leur permettant de redéfinir certaines mesures d'incitation ou de dissuasion, ni même d'élaborer les mesures d'atténuation nécessaires. C'est pourquoi leur rôle devrait se limiter à décider si l'exécution a été satisfaisante, et à imposer des mesures incitatives préétablies. Les tribunaux doivent également ordonner au créateur de risque d'atténuer le dommage causé et s'assurer que les mesures ordonnées sont pleinement appliquées. En d'autres termes, ce n'est pas aux tribunaux, mais à l'autorité réglementante qu'il devrait appartenir de prendre les mesures dissuasives - augmentant ainsi les chances de voir honorer complètement les obligations légales - et d'élaborer des mesures incitatives afin que les investissements soient rentabilisés. Or, en retirant cette prérogative aux agents réglementaires, on les prive des moyens d'atteindre leurs objectifs. Reste aux tribunaux la mission d'encadrer et de structurer la marge discrétionnaire accordée à l'autorité réglementante et à faire jouer la rigueur de la loi afin de garantir que les obligations vis-à-vis du public sont respectées. Toutefois, il n'appartient pas aux tribunaux de vérifier le pouvoir discrétionnaire de l'autorité réglementante; cette tâche doit incomber aux corps législatif et exécutif puisque ce sont eux, et non les tribunaux, qui fixent les besoins en matière de réglementation.

4.5.6 La négociation de normes et de conditions du consentement : Les méthodes de règlement des différends

Du fait de la complexité des problèmes, il est fréquent que les poursuites ne représentent qu'un moyen extrêmement onéreux et inefficace de règlement des différends pour voie réglementaire ou d'élaboration d'ententes adéquates en matière d'atténuation. Malheureusement, les autorités réglementantes soucieuses d'explorer d'autres voies risquent d'avoir du mal à réunir les parties dont les intérêts s'opposent,

afin d'améliorer la communication entre elles. Bien souvent, les agents réglementaires se heurtent aux obstacles suivants en matière de résolution des différends :

* conflits de personnalité aigus, qui entravent la négociation;
* communication et coordination inadéquates entre les parties;
* multiplicité de plaignants et de défendeurs, dont les calendriers ne s'accordent pas;
* inflexibilité des positions de négocation;
* problèmes techniques complexes, occasionnant des divergences quant aux faits;
* parties enfermées dans leur intransigeance, problème apparemment insoluble;
* remède faisant appel à des techniques difficiles d'application ou non disponibles, problèmes environnementaux délicats, problèmes présentant des répercussions nationales; et
* tribunaux incapables de résoudre les différends, ou peu enclins à le faire.

Nous exposons, dans les paragraphes suivants, certaines techniques pouvant aider à sortir les négociations de l'ornière.

La conciliation : peut être utile lorsque l'agent réglementaire s'efforce d'améliorer la communication et de mieux cerner les problèmes, surtout lorsque les parties ne sont pas disposées à se rencontrer pour négocier face à face.

La médiation : peut être utile lorsque les parties au différend sont prêtes à négocier un règlement. Ce processus structurel fait appel à un tiers comme modérateur; le règlement ainsi négocié n'est pas exécutoire. Les parties gardent la maîtrise de la discussion.

La «médiation-arbitrage» ou «Med-arb» : terme inventé par les Américains[91] pour désigner une technique hybride entre la médiation et l'arbitrage; ce processus confère au médiateur le pouvoir d'arbitrer les problèmes que la médiation n'a pas résolus.

L'arbitrage : méthode largement utilisée pour le règlement des différends commerciaux, l'arbitrage fait appel à un processus d'audiences plus formalisées, donnant lieu à présentation d'arguments et d'éléments de preuve. Le caractère exécutoire des décisions de l'arbitre est facultatif. Cette procédure permet

d'assouplir les règles de la preuve et comporte des mécanismes permettant de gagner du temps.

On a beaucoup dit que les mécanismes alternatifs de résolution des différends affaiblissaient les «processus réglementaires destinés à protéger l'intérêt public» et représentaient «une restriction des droits»[92]. On a fait valoir que certains compromis, pour être acceptables par tel créateur de risque ou tel entité exposée ayant participé à la négociation, ne l'est pas nécessairement pour d'autres acteurs et risque ainsi d'affaiblir les objectifs de l'organisme réglementant. Par exemple, lorsqu'il y a déséquilibre très marqué dans l'influence ou le poids des parties, l'issue risque de ne pas être équitable. Afin d'atténuer ces problèmes, l'EPA (États-Unis) exige l'approbation, par l'Agence, du règlement négocié.[93]

Les audiences générales, les audiences sur dossier, les audiences officielles et les consultations prédécisionnelles sont autant de moyens utilisés par l'autorité réglementante pour mieux cerner les différends entre les parties et atténuer l'opposition aux solutions réglementaires.

Les normes de consensus s'imposent et les représentants de la *Federal Trade Commission* ont soutenu que l'absence de certaines protections relevant du «due process» lors de l'établissement de normes constitue en tant que telle une violation de la législation sur les ententes (lois anti-trust). Signalons que les Américains mettent tellement l'accent sur l'équilibre des intérêts participant à la définition de la diligence raisonnable que les organismes privés chargés d'établir des normes ont comme mandat impératif de représenter tous les groupes d'intérêts[94].

L'un des principaux avantages des techniques alternatives de résolution des différends tient au fait qu'elles permettent aux parties en cause d'exposer leur point de vue, le plus souvent sans interruption. On peut en effet poser des questions et revenir sur les faits, voire proposer d'autres interprétations, mais tout cela ne peut se faire qu'une fois l'exposé terminé[95]. On a constaté que cet aspect particulier de la procédure avait contribué à une plus grande satisfaction des participants relativement au processus judiciaire classique.

Toutefois, si l'on veut que ces mécanismes aboutissent au règlement des différends, il faut fixer des délais de part et d'autre, et assurer l'égalité des pouvoirs. Il incombe au médiateur de convaincre les organismes réglementants d'entériner le règlement négocié; telle est la position de Schoenbrod, tandis que d'autres auteurs, notamment Harter (1982), soulignent que l'organisme réglementant doit participer au processus de résolution des différends, afin de mieux comprendre les priorités ainsi que les hypothèses les plus pessimistes exposées par chacune des parties. En effet, sans une bonne compréhension de ces deux aspects, on ne saurait élaborer de compromis

adéquats; en revanche, lorsque ces éléments sont assimilés, on constate que les solutions adoptées correspondent davantage aux besoins des parties (Buckle et Buckle, 1986).

Une autre solution consisterait à laisser créateurs de risque et entités exposées assumer l'entière responsabilité des négociations, des décisions et des procédures. Ainsi, l'autorité réglementante demeurerait extérieure à la prise de décision. Cependant, il est préférable que les autorités élaborent des mesures incitatives destinées au créateur de risque plutôt que de se conformer à un modèle économique qui en laisserait la responsabilité au marché, ou au mécanisme des prix, à la seule fin de réduire le rôle des pouvoirs publics. En effet, le marché ne se préoccupe guère de protéger les entités exposées; de surcroît, toutes les entités exposées ne sont pas en mesure de réclamer une protection. Qui dit nécessité de protéger ne dit pas forcément aptitude à exiger une protection; ainsi, la protection de l'environnement doit-elle dépendre de la disposition des fidéicommis à acquérir des droits économiques en son nom ? À qui incombe-t-il d'acheter la protection destinée aux générations futures ?

En outre, s'en remettre au marché reviendrait à nier l'existence d'obligations de la part des créateurs de risque et des entités exposées; une telle conception postule que les actions des créateurs de risque n'ont pas de conséquence pour le bien-être d'autrui. On comprend aisément que l'on ne saurait mettre sur pied des institutions en s'inspirant d'une telle hypothèse. En effet, les gouvernements tirent en partie leur raison d'être de l'incapacité dans laquelle se trouvent les particuliers ou les organisations à gérer leurs interdépendances; il appartient au gouvernement, en l'espèce, d'améliorer la coordination. Une fois obtenue une certaine adaptation réciproque, le gouvernement peut se montrer plus effacé - par exemple, prodiguer des conseils plutôt que donner des ordres. Cependant, tant que l'on n'est pas parvenu à un couplage plus étroit, il doit conserver un rôle très actif.

4.6 Les instruments réglementaires à l'usage des entités exposées

Nous avons analysé, ci-dessus, certains des instruments dont dispose l'autorité réglementante; il nous reste à étudier les moyens offerts aux entités exposées lorsque l'autorité réglementante ne remplit pas sa mission, n'utilise par les instruments dont elle dispose, ou en choisit d'inefficaces. Aux États-Unis, les entités exposées peuvent, entre autres instruments, intenter un procès pour carence sytématique dans l'application des

textes législatifs - non-application d'un mandat conféré par le Congrès, ou retard considérable dans l'exécution. La législation en matière de droits civiques et de prestations de la sécurité sociale pour invalidité offre en particulier, aux États-Unis, des modalités de redressement basées sur l'équité :

Les injonctions d'application : ces injonctions peuvent servir à recentrer ou à réorganiser de façon relativement détaillée l'effort entrepris par un organisme en matière d'application; elles précisent les prestations auxquelles ont droit les bénéficiaires. Il s'agit, dans ce cas, d'un équivalent administratif de l'ordonnance de consentement.

Les jugements déclaratoires : ils peuvent être utilisés pour enjoindre à l'organisme responsable de l'application de se présenter périodiquement et de faire la preuve de la conformité, mais aussi pour requérir l'approbation judiciaire des plans de conformité, pour ordonner aux organismes réglementants de renforcer les moyens dont ils disposent en matière d'application, ou pour mettre en oeuvre un plan de conformité imposé par le tribunal.

Les injonctions : elles constituent un moyen lorsque la conformité tarde à venir. On s'efforce, dans ce cas, de prévoir le degré probable de non-conformité[96] et la mesure dans laquelle cette non-conformité lèsera les droits d'un groupe donné.

Si l'on veut désamorcer efficacement les tendances réclamant une application de type répressif, il paraît indispensable de se pencher sur l'élaboration d'autres instruments que l'on mettrait à la disposition des entités exposées. En outre, de tels instruments pourraient contribuer à réduire la surréglementation et les coûts qu'elle engendre.

5.0 LES ALÉAS ENTOURANT L'ÉLABORATION DE RÈGLEMENTS

La réglementation destinée à atténuer le préjudice causé peut prendre la forme de règles normalisées, de règles normalisées hiérarchisées et, enfin, de règles personnalisées. Les règles normalisées sont moins onéreuses à concevoir et à administrer et elles offrent une meilleure équité au plan de la procédure; toutefois, elles ne contribueront efficacement à réduire le dommage que si elles évitent le double écueil de la surréglementation et de la sous-réglementation. C'est pourquoi il importe, lorsqu'on doit faire un choix entre ces trois formes de réglementation, ou lorsqu'on définit la diligence raisonnable dont doivent faire preuve les créateurs de risque, lorsqu'on établit des priorités destinées à guider les choix des agents réglementaires, ou lorsqu'on attribue à ces derniers des rôles spécifiques, d'évaluer un certain nombre d'aléas, tels que :

1. le contexte réglementaire;

2. le degré de contrôle extérieur exercé sur les agents réglementaires;

3. le coût et l'efficacité des techniques d'assainissement existantes;

4. la gravité du risque à maîtriser;

5. l'efficacité du système de contrôle interne du créateur de risque; et

6. les antécédents du créateur de risque en matière de conformité.

On notera qu'en mettant l'accent de façon exagérée sur l'une quelconque de ces six variables au détriment des autres, on risque de réduire l'efficacité de la réglementation.

Le débat auquel a récemment donné lieu la réforme réglementaire a été principalement centré sur le coût et sur l'efficacité des techniques actuelles d'assainissement, laissent de côté les cinq autres variables. Or, cette simplication exagérée du problème tend à avantager les créateurs de risque aux dépens des entités exposées et conduit, en outre, à l'injustice et à la sous-réglementation. Il importe, si l'on veut parvenir à des résultats équitables, que les six variables reçoivent chacune, sinon une part égale, du moins une part subtantielle.

5.1 Le contexte réglementaire

5.1.1 Le degré actuel de concertation

À mesure que s'intensifie la concertation entre autorité réglementante, entités exposées et créateurs de risque, mais aussi entre les organismes réglementants, les tribunaux, l'exécutif et le législatif, les relations entre toutes ces parties s'orientent de plus en plus vers la coopération. Parallèlement, les risques de surréglementation s'amenuisent tandis que se renforcent les chances d'une application efficace des programmes d'observation volontaire. Comme nous l'avons vu dans les chapitres précédents, la gestion des interdépendances par l'organisme réglementant peut contribuer fortement à renforcer la concertation.

Le degré de concertation effectivement atteinte sera influencé par la mesure dans laquelle les parties réussissent à s'entendre sur les problèmes suivants :

1. la priorité conférée à l'atténuation d'une forme donnée de préjudice;
2. la tolérance face à l'absence de mesures d'atténuation;
3. l'ampleur des pénalités jugées adéquates en cas de non-conformité;
4. la définition de la diligence raisonnable acceptée par les entités exposées lorsqu'elles évaluent les mesures d'atténuation; et
5. les critères retenus pour la hiérarchisation des mesures.

À mesure que progresse la concertation, la position de l'autorité réglementante se trouve renforcée lors de la négociation de contrats entre les parties. Lorsque ces dernières parviennent à un certain consensus sur ce qui constitue un préjudice tolérable - ou intolérable - et sur sa répartition, l'autorité réglementante se trouve alors investie d'un mandat moral, celui d'appliquer les mesures appropriées. Les mesures qu'elle prend lui valent un surcroît d'influence, notamment dans une conjoncture où les représentants de l'intérêt public accordent la priorité à la prévention et à l'atténuation du dommage, et où le public est très sensibilisé à la défense de ses intérêts.

Le niveau de concertation est également influencé par la convergence de vues entre les agents réglementaires et la législature, ou encore entre ces agents et les tribunaux, à l'égard des principaux problèmes. Il est donc souhaitable que ces parties s'entendent sur les grandes lignes de ce qui constitue des méthodes acceptables, sur le degré d'ingérence tolérable dans le périmètre privé, sur le dosage approprié de

modèles de droit public et de droit privé et sur les normes de responsabilité des mandataires. En parvenant à une concertation poussée dans ces domaines, on facilite, en cas de besoin, la prise rapide de mesures réglementaires précises.

5.1.2 Le degré de participation des entités exposées

Plus la diversité des intérêts représentés par les entités exposées est grande, moins il y a de chances que l'autorité réglementante puisse définir, à elle seule, en quoi consiste «l'intérêt public». Dans ces conditions, il devient nécessaire d'intensifier la participation du public à l'élaboration des programmes et au processus de vérification. L'efficacité d'une participation des entités exposées sera toutefois affectée par les variables suivants :

1. l'existence de tribunes permettant de participer aux procédures réglementaires et de les surveiller;

2. la possibilité de former des coalitions entre représentants de différents groupes d'intérêt public, et de se faire reconnaître comme fidéicommis/délégué légitime;

3. les ressources que pourront offrir les secteurs public et privé à la recherche, à l'élaboration de programmes et à la représentation des intérêts des entités exposées;

4. la validité du préavis donné aux entités exposées;

5. l'aptitude des entités exposées à interpréter les informations sans faire appel à un fidéicommis/intervenant;

6. la possibilité, pour les entités exposées, de bénéficier des services de fidéicommis qualifiés;

7. la compétence, en matière de conception, des entités exposées ayant accès aux processus d'élaboration des programmes;

8. l'accès des entités exposées au processus de définition de la diligence raisonnable;

9. l'aptitude des entités exposées à critiquer les postulats des personnes chargées de définir la diligence raisonnable;

10. l'aptitude des entités exposées à faire amender les définitions proposées en matière de diligence raisonnable;

11. l'aptitude à évaluer l'efficacité de la surveillance;

12. l'accès aux données sur les cas de non-conformité demeurés impunis et les raisons invoquées pour cette tolérance;

13. l'accès aux conditions proposées pour les accords d'atténuation et l'aptitude à en contester la validité;

14. l'accès à des informations fiables sur les effets de l'atténuation et la disponibilité de statistiques sur ces effets; et

15. une compétence permettant de critiquer les hypothèses de départ, les priorités, les prévisions et les compromis sous-tendant la stratégie d'application.

L'accès des entités exposées au processus réglementaire peut avoir un impact significatif sur l'élaboration d'un programme d'observation volontaire. En effet, lorsque les intérêts à caractère public concernés participent au processus, ils peuvent contribuer à la définition de la diligence raisonnable et aider à fixer les conditions auxquelles doivent être soumises des activités créatrices de risque élevé ou pouvant avoir des conséquences graves. À titre d'exemple, les associations professionnelles peuvent contribuer de façon précieuse à identifier le problème commun à un secteur donné, et à diffuser les informations concernant les stratégies d'atténuation. Elles peuvent, notamment, préconiser et formuler les obligations, faites aux sociétés membres, d'atténuer tout préjudice causé et d'investir dans des systèmes efficaces de contrôle interne.

En outre, la participation des entités exposées renforce le nombre et la variété des sources indépendantes de surveillance. Il se peut, notamment, que certains membres du public soient en mesure d'identifier et de dénoncer certaines violations, même sans avoir reçu une formation particulière. Enfin, l'accès public aux accords d'atténuation est de nature à encourager l'autorité réglementante à appliquer aux contrevenants les mesures incitatives ainsi que les pénalités.

5.1.3 Les techniques d'atténuation des dommages

L'identification, la prévention et l'atténuation efficaces des dommages causés dépendent en partie du degré de développement des dispositifs techniques. Il est indispensable de pouvoir mesurer avec précision ce dommage, si l'on veut pouvoir le

surveiller et en rendre compte avec efficacité; et prévoir les mesures d'atténuation qui s'imposent. D'autres aspects du développement technologique influent sur la capacité à élaborer des stratégies d'atténuation efficaces et à en évaluer le coût avec précision.

Les moyens dont on dispose pour mesurer le préjudice causé influent considérablement sur le diagnostic et sur l'évaluation des dommages. Ainsi, les normes de diligence raisonnable et la détermination des niveaux de risque sont étroitement liées à la technologie de mesure. Réciproquement, les normes et le niveau de risque influent sur les décisions prises par les autorités réglementantes, lorsqu'elles sélectionnent les stratégies d'atténuation. En outre, le perfectionnement des instruments de mesure actuels déterminera si les changements survenus dans le quantum et la répartition du dommage seront ou non détectés.

Par ailleurs, les mesures effectuées influent sur l'évaluation de l'efficacité de la réglementation. Lorsque, par exemple, les mesures adoptées sont davantage basées sur l'intuition que sur les faits, il devient nécessaire de justifier les cas de non-conformité demeurés impunis. Ainsi l'autorité réglementante se trouve dans l'obligation d'expliquer ses décisions au public.

Mais la maîtrise des dommages dépend également des progrès des technologies mêmes qui mettent en oeuvre les mesures adoptées pour prévenir ou réduire ces dommages. C'est ainsi que, dans le cadre du processus d'approbation conditionnelle, les entreprises privées doivent démontrer qu'elles ont les moyens de maîtriser ces dommages, avant même qu'on ne les autorise à s'engager dans des activités présentant un risque. Et si l'on se réfère au modèle de l'autoréglementation responsable, on impose aux entreprises de mettre au point une technologie qui leur vaudra le privilège d'une ingérence minimale de l'autorité réglementante.

5.1.4 Le degré de contrôle extérieur exercé sur l'organisme réglementant

Comme nous l'avons vu au chapitre 2, lorsqu'elle a opté pour l'observation positive, l'autorité réglementante s'efforce de maintenir un équilibre de l'encadrement entre les intérêts publics et privés. Cependant, lorsque tant la législature que les procureurs et le corps judiciaire ont tendance à ne pas réagir face à la non-conformité, ils affaiblissent l'autorité dont sont investis les organismes réglementaires. Ces derniers, face à cette situation, cherchent à échapper à ce contrôle extérieur, afin d'accroître leur indépendance; c'est alors que les parties affectées sont incitées à faire appel des décisions réglementaires plutôt qu'à s'y conformer.

Le «découplage» auquel aspire l'organisme réglementaire lui offre l'autonomie dont il a besoin pour faire prévaloir ses priorités, tout en réduisant sa responsabilités à l'égard de ceux qui cherchent à le contrôler de l'extérieur. Ces tentatives de

dissociation vis-à-vis de la Couronne et des tribunaux contribuent à réduire le recours aux poursuites et à accroître d'autant le recours à des instruments à caractère administratif afin d'obtenir la conformité.

S'ils veulent réduire ce contrôle extérieur, les agents réglementaires doivent encourager la concertation entre les créateurs de risque et les entités exposées; pour ce faire, ils doivent mettre au premier plan la gestion de l'interdépendance au moyen de procédures équitables et responsables, afin d'être perçus comme une autorité raisonnable et à l'écoute de toutes les parties, et ne contribuant pas à créer des catégories de favorisés et de défavorisés. Ainsi, les appels de décisions réglementaires seront évités et le contrôle externe sera limité.

5.1.4.1 Le contrôle exercé par la législature et par le pouvoir exécutif

Lorsque la concertation entre les organismes réglementaires et les autres autorités est inadéquate, le contrôle externe sur l'activité réglementaire s'intensifie. Les divergences de priorités risquent d'être mises en exergue par la vérification, a priori comme a posteriori, des activités réglementaires et par les pressions émanant des créateurs de risque comme des entités exposées. Le degré de concertation entre la législature ou le pouvoir exécutif, d'une part, et les organismes réglementaires d'autre part, dépendra de leur degré d'entente sur les problèmes suivants :

1. le caractère plus ou moins acceptable du risque, des dommages et de leurs conséquences éventuelles;

2. la priorité accordée à la réduction et à l'atténuation du risque;

3. le degré adéquat d'atténuation;

4. le choix des méthodes d'atténuation;

5. la souplesse ou marge d'indulgence considérée comme raisonnable; et

6. les limites imposées au contrôle extérieur auxquelles les entreprises sont asujetties.

En outre, la concertation entre les organismes réglementaires et le corps législatif sera affectée par leur degré de convergence, quant au dosage à respecter entre la réhabilitation, la dissuasion et le dédommagement, et entre pénalités administratives et pénalités civiles ou pénales. Il faut que les pouvoirs exécutif et réglementaire s'entendent sur le coût des différents méthodes d'atténuation du dommage. Ainsi, plus

la concertation est poussée dans ce domaine, moins on tend à circonscrire le pouvoir dont dispose l'organisme réglementant en matière d'autorisation des décisions.

5.1.4.2 Le contrôle exercé par les tribunaux et les agents de la couronne

L'indépendance de l'organisme réglementaire dépend également de sa relation avec les tribunaux et avec les agents de la Couronne chargés notamment des poursuites. Le contrôle exercé par chacun de ces groupes extérieurs s'intensifie en fonction des éléments suivants :

1. la fréquence des actions judiciaires, leur légitimité et l'importance qui leur est attachée;

2. l'entente sur le caractère plus ou moins tolérable des risques encourus;

3. le désaccord sur un coefficient, ou sur une gradation des dommages;

4. le désaccord sur le poids relatif accordé aux faux positifs et aux faux négatifs;

5. l'incapacité à mesurer le lien entre la cause et l'effet;

6. les situations dans lesquelles l'articulation entre les principes juridiques et les hypothèses réglementaires est inédéquate;

7. le désaccord sur le degré de souplesse ou d'indulgence jugé raisonnable;

8. le désaccord sur le dosage entre réhabilitation, atténuation, dissuasion et dédommagement; et

9. le désaccord sur les mesures de protection adéquates.

Les relations entre la Couronne et l'organisme réglementaire pâtissent de la fréquence avec laquelle ce dernier recommande de ne pas entamer de poursuites, et souffrent également lorsque des occasions d'atténuation ne sont pas suffisamment exploitées. En outre, le contrôle externe exercé par les tribunaux s'intensifie lorsque les infractions ne donnent lieu à aucune pénalité ou à des pénalités minimes, et lorsqu'on ne parvient pas à obtenir l'atténuation recherchée.

5.1.4.3 L'encadrement par les créateurs de risque et par les entités exposées

D'autres groupes peuvent mobiliser le contrôle externe, travaillant à contre-courant des organismes réglementaires : il s'agit des créateurs de risque et des entités exposées. Le contrôle exercé par ces groupes s'intensifie en fonction des éléments suivants :

1. désaccord sur le caractère plus ou moins tolérable des risques;

2. l'aptitude à mobiliser le législatif et/ou l'exécutif afin d'entamer l'autorité réglementaire;

3. leur disposition à contester, devant les tribunaux, la compétence de l'organisme réglementant;

4. le degré de confiance du public dans le secteur privé; et

5. l'aptitude à constituer des coalitions diverses et durables.

En outre, l'attitude des créateurs de risque et des entités exposées à l'égard de l'autorité réglementante varie selon qu'ils ont l'impression que cette dernière prend leurs intérêts en considération. S'agissant des créateurs de risque, il est possible d'en réduire le contrôle externe en s'entendant sur le prix et sur l'efficacité des stratégies d'atténuation. Les créateurs de risque tendront à exercer un contrôle s'ils considèrent que les agents réglementaires ne sont pas raisonnables, et s'ils ne sont pas en mesure d'apprécier le lien entre la cause et l'effet. Les entités exposées, quant à elles, s'efforcent d'exercer un contrôle en cas de désaccord sur l'efficacité des solutions proposées en matière d'atténuation du dommage. En outre, lorsqu'il se trouve que les priorités effectives en matière réglementaire, ainsi que les prévisions, les postulats et les compromis adoptés contreviennent à la lettre du mandat dont l'organisme réglementant est investi, les entités exposées cherchent à exercer un contrôle.

5.1.5 La gravité du risque ou des conséquences

La perception de la gravité du risque ou de ses conséquences est influencée par les hypothèses et les théories dominantes concernant la cause du dommage. Plus il y a consensus en la matière, plus il y a de chances que l'on s'entende sur la gravité du risque et sur les conséquences d'un encadrement inadéquat. En cas de désaccord sur le niveau de risque, ou sur ce qui en constitue un niveau acceptable, le mandat moral de l'organisme réglementant se trouve affaibli et l'on évolue vers la sous-réglementation.

Mais cette combinaison de désaccord et de sous-réglementation peut provoquer un choc en retour, c'est-à-dire une surréglementation.

Plus il y a accord quant aux restrictions que les entités exposées ainsi que les créateurs de risque sont disposés à accepter, de leur propre gré, afin de maintenir le risque dans les limites acceptables, moins l'on risque de tomber dans la surréglementation ou la sous-réglementation. Lorsque le risque est élevé, il est probable que les créateurs de risque seront davantage enclins à le limiter de leur propre chef; ils auront davantage de chances de bien connaître non seulement leurs obligations légales, mais aussi les technologies d'assainissement, et d'être disposés à investir pour mettre sur pied des systèmes efficaces de contrôle interne. Dans ces conditions, le danger de sous-réglementation se trouve réduit. Tant que l'autorité réglementante et les entités exposées sont prêtes à se reconnaître mutuellement comme compétentes et engagées à l'égard de la réduction du risque, le risque de surréglementation demeure lui aussi limité.

La gravité du risque ou de ses conséquences ne manquera pas d'influencer également les actions de l'autorité réglementante lors de la mise en oeuvre des programmes d'observation volontaire. S'il est confronté à un risque élevé ou à des conséquences graves, l'organisme réglementant ne montrera que peu de souplesse à l'égard de la non-conformité. Il est donc souhaitable qu'il dispose d'une gamme de mesures incitatives suffisamment large, hiérarchisée et d'application facile. Lorsque le risque est élevé et que les conséquences risquent d'en être graves, l'organisme réglementant doit être prêt à intensifier la fréquence et la durée des vérifications de la conception, des prototypes, des systèmes d'assurance de la qualité, des données sur les performances, des systèmes d'archivage et des équipements. En cas de non-conformité des entreprises, l'agent réglementaire devra se réserver l'option du recours légal.

En d'autres termes, la gravité du risque ou des conséquences doit influencer les objectifs en matière réglementaire, ainsi que les mesures adoptées et, en dernières analyse, la conception des systèmes de prévention et d'atténuation du dommage, ainsi que la rapidité de leur mise en oeuvre.

5.1.6 La qualité du système de contrôle interne du créateur de risque

La fiabilité et l'efficacité du système de contrôle interne d'un créateur de risque, soit qu'il existe déjà, soit que son application doive se faire de façon volontaire ou sur ordre de l'autorité réglementante, dépendra des variables suivantes :

1. l'ampleur des mesures incitatives destinées aux secteurs public et privé, afin qu'ils engagent un personnel spécialisé capable de perfectionner les

procédures d'atténuation, et la certitude que ces mesures incitatives seront appliquées de façon uniforme;

2. l'aptitude à assigner un prix aux différentes stratégies d'atténuation, passées et à venir, et à calculer les économies ainsi que les profits qu'elles peuvent entraîner;

3. la participation des décideurs stratégiques à la surveillance de la conformité des entreprises et aux avertissements donnés à ces dernières lorsque leurs résultats sont insatisfaisants;

4. l'influence dont dispose le personnel chargé de l'application lors de l'évaluation systématique des fiches de conformité des responsables de l'entreprise, et l'utilisation de ces fiches comme critère d'allocation de privilèges aux entreprises;

5. la sensibilité à la détérioration de l'efficacité des protocoles d'assainissement en vigueur, et à la nécessité d'une nouvelle formulation et du renforcement des techniques et des procédures d'atténuation; et

6. les ressources attribuées à la recherche interne et externe de réponses aux problèmes non résolus.

Il importe, lors de l'élaboration de systèmes de contrôle interne, de déterminer la portée d'application des normes de conception. En effet, lorsque les systèmes de contrôle interne présentent des degrés variables de fiabilité, aucun d'entre eux ne peut être appliqué à l'ensemble d'un secteur. Lorsque des normes largement définies ne peuvent être appliquées à des situations données, il faut élaborer un système individualisé. Cependant, un tel système risque de porter atteinte à l'équité en matière d'application des normes, lorsque les exigences imposées et les technologies employées varient d'une firme à l'autre. Si l'impression est créée que les différents concurrents ne sont pas traités de manière uniforme, la crédibilité des règlements en souffrira. C'est pourquoi, lors de l'élaboration de systèmes de contrôle interne, il faut prendre en considération, sans exception, la fiabilité du système proposé, la mesure dans laquelle il correspond aux risques et aux besoins liés à l'entreprise, et la mesure dans laquelle il respecte l'équité dans la concurrence - dans la conformité aux objectifs réglementaires.

Les activités particulières d'une entreprise peuvent également affecter la conception d'un système et sa sensibilité au contrôle extérieur. Pour mettre sur pied un système satisfaisant, les entreprises privées doivent surveiller, en y participant, le processus de définition et d'affinement des politiques mis en oeuvre par les organismes réglementants. Cette participation continue leur permettra d'accéder aux informations sur les nouvelles techniques d'atténuation et de surveillance, de même que sur leur coût

et leurs avantages. En outre, il importe que les entreprises soient informées du point de vue des entités exposées. Le fait de connaître les activités et les perceptions des gens de l'extérieur peut de surcroît faciliter l'adaptation à un marché changeant, réduisant ainsi les pressions exercées sur les employés pour qu'ils privilégient la productivité, quitte à négliger la sécurité. On voit donc que les entreprises privées peuvent augmenter la souplesse de leur système de contrôle interne en restant à l'écoute des activités extérieures.

5.1.7 Les antécédents en matière de conformité

Les activités antérieures des entreprises, ainsi que leurs antécédents en matière de conformité, peuvent également influer sur la contribution des organismes réglementants à la conception de systèmes et à l'application de normes; ces éléments seront donc pris en considération lors de la conception individualisée de stratégies de réduction du dommage. En d'autres termes, lorsqu'une entreprise se conforme aux règles, elle a de meilleures chances d'obtenir les définitions personnalisées de la diligence raisonnable et d'être autorisée à assumer en partie la responsabilité de la surveillance et de l'application des normes. Ainsi, une entreprise dont le dossier comporte un très petit nombre de violations graves peut disposer d'une marge plus large d'autodétermination, dans le cadre réglementaire, qu'une entreprise dont le passé est plus chargé.

Les antécédents d'une entreprise privée en matière de conformité devraient influencer la fréquence et la durée des vérifications ultérieures. Ainsi, si le dossier est satisfaisant, les vérifications opérées par des organismes extérieurs et portant sur les dossiers, les données de résultats, les procédures et les équipements d'exploitation, devraient être allégées. Dans ce cas, l'agent réglementaire se contente de superviser un système de contrôle dont l'ingérence reste minimale pour l'entreprise. Cependant, en réduisant la fréquence des vérifications ultérieures, on risque d'affaiblir l'incitation à investir dans les techniques d'assainissement. C'est pourquoi, dans le cas des industries à haut risque, où la nécessité d'une vérification demeure, il faut assortir l'autoréglementation d'un système engageant la responsabilité.

6.0 L'APPRENTISSAGE PAR L'EXEMPLE : LES EXPÉRIENCES BRITANNIQUE, AMÉRICAINE ET AUSTRALIENNE

6.1 Introduction

Dans ce chapitre, nous nous efforçons de présenter un aperçu complet des caractéristiques des approches réglementaires adoptées en Grande-Bretagne, aux États-Unis et en Australie. La matière première de cette analyse se trouve dans le rapport qui accompagne la présente étude et qui contient plus d'une centaine de résumés de programmes réglementaires, de directives ou d'initiatives de ces trois pays : il s'agit des «profils réglementaires». Certains de ces programmes sont toujours en vigueur, d'autres sont arrivés à expiration; mais tous jettent un éclairage concret sur l'approche adoptée par les différents organismes responsables en matière de réglementation par observation volontaire.

Les observations que nous présentons dans ce chapitre s'appuient sur des données puisées dans les différents programmes, mais aussi sur des extrapolations à partir d'un grand nombre d'exemples. Pour simplifier les choses, les références relatives à un programme spécifique sont présentées dans le corps du texte et renvoient le lecteur au code d'inventaire assigné à chacun des profils dans la deuxième étude[97].

On constatera, au fil de l'analyse ci-dessous, que dans tous les secteurs de réglementation couverts par les profils réglementaires, ce sont les Américains qui ont consacré le plus d'attention à l'élaboration de mesures incitatives destinées à encourager les créateurs de risque à faire preuve de diligence raisonnable. Les Britanniques et les Australiens ont, en revanche, consacré davantage d'énergie à l'élaboration de mesures incitatives visant à encourager la communication d'informations sur la non-conformité. Les Américains, quant à eux, ont réservé cette dernière approche au domaine de l'environnement.

L'adaptation américaine de ce dernier modèle s'appuie moins que les Britanniques et les Australiens sur l'autodéclaration par les créateurs de risque, et cherchent plutôt à encourager les entités exposées, les autres organismes gouvernementaux et les employés des entreprises créatrices de risque, à se faire les informateurs des autorités responsables.

Tandis que les Américains usent de l'octroi de licences professionnelles comme mesure incitative dans le domaine de la protection du consommateur, les Australiens s'en servent pour réglementer la sécurité. L'octroi de licences professionnelles n'est jamais employé comme instrument de conformité dans le domaine de l'environnement,

à l'exception de l'élimination des déchets dangereux : mais il s'agit avant tout d'un problème de sécurité et, en deuxième lieu seulement, d'un problème écologique.

S'agissant de l'environnement, les trois pays privilégient les sanctions et les mesures d'ordre financier et fiscal, l'accent étant mis sur le coût respectif de la conformité et de la non-conformité plutôt que sur la responsabilité individuelle des entreprises quant à l'adoption de pratiques et de techniques respectueuses de l'environnement. Il semble, en effet, que personne ne soit responsable, professionnellement parlant, de la qualité de l'écosystème.

Dans ce chapitre, nous examinons les différences entre les approches adoptées en Grande-Bretagne, en Australie et aux États-Unis et nous donnons un aperçu général du système réglementaire de chacun de ces pays, c'est-à-dire de ses caractéristiques principales et des conséquences pour l'activité réglementaire. Nous concluons le chapitre par une analyse des différences entre les trois systèmes.

6.2 L'approche britannique en matière d'observation volontaire : déficit d'application

6.2.1 Postulats et principes de base

Le système britannique privilégie les normes de résultat par rapport aux normes de conception, et préfère adopter une stratégie de conformité plutôt qu'une stratégie basée sur les sanctions[98]. Selon Hawkins, il s'agit avant tout de prévenir les dommages ou d'y remédier, c'est-à-dire de «négocier la conformité dans l'avenir» de même qu'un «engagement de rectifier une source potentielle de dommages». Les décisions «suivent une gradation ... et sont prises sous l'égide des parties elles-mêmes, lors de négociations privées, en cercle très restreint». Hawkins ajoute que l'on s'intéresse surtout aux «statistiques concernant les effets» qui traduisent «l'efficacité (de l'organisme réglementant) en matière de réparation du préjudice»[99]. Cependant, on a constaté, au cours de cette étude, que les Britanniques continuent de faire confiance à l'intuition de l'agent réglementaire pour ce qui est d'évaluer le quantum du dommage ou son incidence. En conséquence, les autorités britanniques emploient, en matière de réglementation, une approche qui ne fait pas de la conformité un impératif et qui, de surcroît, n'analyse pas les conséquences de cette souplesse quant à la réduction du dommage.

Il semble que, dans le système britannique, la fréquence des vérifications de la conformité, et des injonctions d'exécution sur lesquelles elles débouchent, ait une incidence sur le respect des normes. Dans ces conditions, seules les règles dont l'application est simple et peu onéreuse ont de bonnes chances d'être respectées[100].

C'est pourquoi une bonne partie de l'activité réglementaire, définie dans la littérature spécialisée comme relevant du «diagnostic», consiste peut-être, en fait, en une promotion de stratégies simples et peu coûteuses visant à obtenir la prévention au meilleur compte possible.

On est fondé à penser que le système britannique nécessite moins de conceptions individualisées et davantage d'activités routinières que ne le suggèrent les écrits spécialisés. Il s'ensuit que les agents réglementaires britanniques sont peut-être trop qualifiés pour les tâches qui leur sont confiées, puisque la simple application de règles déjà codifiées, de même que la promotion de méthodes d'assainissement préétablies sont, en quelque sorte, des tâche réglementaires «semi-qualifiées» : la première nécessite que l'on sélectionne les mesures incitatives appropriées; quant à la seconde, elle fait appel à une surveillance constante et à un ciblage efficace[101].

Lorsque, précisément, l'accent est mis sur le ciblage, les associations professionnelles peuvent devenir de précieuses alliées. En effet, elles disposent du savoir-faire pratique nécessaire à l'élaboration des procédures d'assainissement acceptables par une industrie, du fait qu'elles tiennent compte du fonctionnement concret de cette dernière. De même, les associations professionnelles offrent les voies de communication souvent utiles pour porter à la connaissance de l'opérateur les amendements à la réglementation, ainsi que les procédures et les techniques moins onéreuses et plus efficaces en matière d'assainissement. Tant qu'il s'agit de diffuser des informations concernant les procédures et les techniques normalisées d'assainissement, les associations professionnelles peuvent assumer bon nombre des responsabilités liées à la promotion qui, en temps normal, échoit aux agents réglementaires; de ce fait, ces derniers peuvent se consacrer davantage aux activités de vérification. Ajoutons que le système britannique est très ouvert à la participation des associations professionnelles.

6.2.2 La réglementation sans surveillance des effets, ou la confiance mal placée

En optant pour les normes de résultats non assorties de surveillance des effets, on réduit les risques de voir mettre en question la validité des procédures et des techniques normalisées d'assainissement. Quant aux changements, leur fréquence décroît de façon parallèle. La modification des procédures normalisées d'assainissement constitue, en effet, un processus coûteux nécessitant que l'on reprogramme le comportement d'un grand nombre d'entreprises. C'est pourquoi toute modification de procédure peu onéreuse suscitera des résistances, du moins tant que la preuve n'aura pas été largement apportée de la supériorité des modifications envisagées. On voit donc que la poursuite des objectifs réglementaires est affaiblie par l'absence d'une surveillance des effets qui permettrait de démontrer qu'il y a dégradation inévitable des stratégies qui, jusque là, donnaient satisfaction. Mais il manque justement au système britannique les

mécanismes de surveillance qui permettraient, en dépit d'une approche souple, d'obtenir l'application des normes et d'atteindre les objectifs de l'observation volontaire.

L'indulgence à l'égard des entreprises privées donne à penser que les autorités réglementantes britanniques ne considèrent pas les créateurs de risque comme des personnes amorales et calculatrices. Cette attitude de confiance persiste en dépit du constat par des chercheurs britanniques[102] sans, que la plupart des «fruits sains» sont en fait des entreprises qui ont tout simplement calculé les risques générés par leur processus de production et qui, soucieuses en outre de leur réputation, ont conclu qu'un investissement s'imposait pour une maîtrise efficace des dommages.

Les agents réglementaires britanniques ont plutôt tendance à se fier à leur intuition, plutôt qu'à opérer des évaluations systématiques des effets; cela est en partie attribuable à leur statut d'expert et de pur fidéicommis. Quant aux citoyens, s'ils n'ont pas acquis un rôle substantiel dans la mission et dans l'évaluation des normes prescrites, ni dans la surveillance de la conformité et des effets, c'est que le système privilégie des négociations privées entre l'autorité réglementante et le créateur de risque. C'est ainsi que le large éventail des priorités que présentent les entités exposées n'a été ni reconnu, ni pris en compte.

Étant donné le caractère restreint de la participation du public, et l'absence de mise en cause généralisée de la légitimité des mesures prises par les agents réglementaires, ces derniers n'ont de comptes à rendre qu'au ministe. Étant donné que le rôle des créateurs de risque en matière de surveillance et d'application reste limité, et que les moyens offerts au créateur de risque cherchant à limiter la sous-réglementation sont pratiquement inexistants, la réduction du quantum des dommages dépend des priorités retenues par l'autorité réglementante et par le ministre concerné. Si l'on ajoute à cela l'absence de suivi systématique des effets, on obtient une plage importante de non-conformité tolérée, ce qui réduit les risques de conflit entre l'industrie concernée et l'autorité réglementante. En outre, l'imprécision des normes de résultat, associée à cette tolérance, réduit les perspectives de poursuite - et d'aboutissement de ces dernières - sauf lorsqu'on ne saurait nier qu'il y a eu préjudice et intention.

Les assurances d'observation volontaire prévues par le *Consumer Credit (UK-X-a-2)* permettent à l'autorité réglementante de négocier pour l'avenir un certain comportement avec les créateurs de risque convaincus de violation des règles. Tout comme les «consentements» dans le domaine de l'environnement, ces assurances sont assorties d'un calendrier de conformité. On ne prévoit pas la participation des entités exposées à la définition des conditions fixées, lequelles n'incorporent pas la rectification du dommage causé par une carence précédente en matière de diligence raisonnable. Il s'agit en fait, principalement, d'éviter que le préjudice ne se reproduise. En outre, dans le souci d'éviter les conflits, les calendriers sont régulièrement renégociés. Enfin, on

fait exclusivement appel aux tribunaux lorsque les créateurs de risque refusent de négocier un processus d'assurance.

Cette approche en matière réglementaire s'appuie sur des normes de résultat individualisées. Toutefois, elle ne prévoit aucune surveillance des effets. Hawkins et Richardson (1982) résument l'approche britannique de la façon suivante : selon eux, dans le domaine de la réglementation environnementale, la faisabilité est plus importante que la réduction du dommage lors de l'établissement de normes d'exécution.

6.2.3 Les normes de conception : le prix de l'uniformité

On ne saurait toutefois dire que toutes les pratiques réglementaires britanniques donnent la prééminence aux normes de résultat sur les normes de conception. En effet, dans le domaine de la réglementation sécuritaire, les autorités réglementantes britanniques s'appuient, plus qu'elles ne le font dans le domaine écologique, sur les normes de conception. Leur mission consiste, dans ce cas, à promouvoir et à faire adopter des procédures et des techniques simples, peu onéreuses et aisément acceptées, afin d'atténuer les préjudices causés.[103] Si des procédures plus complexes et plus coûteuses sont nécessaires, on encourage l'industrie à participer à la définition et à la promotion des normes de conception. Ainsi, la situation d'une entreprise donnée par rapport aux entreprises concurrentes n'est pas acceptée, puisque toutes doivent adopter les mêmes techniques et procédures. De la sorte, chacune des industries concernées veillera à ce que les normes soient adoptées par toutes, afin qu'aucune d'entre elles ne soit favorisée.

Tout en partant de l'hypothèse que la définition des procédures et des techniques d'assainissement est une prérogative de la direction d'une entreprise, le rapport de Lord Robens intitulé *Report of the Committee on Safety and Health at Work* (1972) considère l'application comme une responsabilité pouvant être partagée entre la direction et le personnel, étant donné qu'elle nécessite des mesures complémentaires plutôt que conjointes et n'exige ni formation ni compétence particulières. Une telle démarche, qui vise à renforcer la sécurité, ne nécessite pas une reconnaissance de la compétence des opérateurs en matière de conception, ni de l'importance de leur rôle pour une application efficace. En conséquence, une fois le Rapport publié, les autorités réglementantes continuèrent de conseiller la direction des entreprises, mais pas le personnel; ce dernier était simplement autorisé à mobiliser les autorités réglementantes lorsque se faisait sentir le besoin d'avis d'amélioration et d'avis d'interdiction.

6.2.4 L'auto-évaluation ou l'approche «patchwork»

La norme sur le plomb édictée en 1980 faisait aux employeurs obligation d'effectuer «des évaluations afin de déterminer la nature et le degré de l'exposition au plomb de leurs employés ... Cependant, des doutes apparurent rapidement quant à la volonté des employeurs de procéder à ces évaluations, et quant à leur compétence»[104]. Selon une étude conduite dans la région de Leeds, «53 % seulement des employeurs» que l'on avait prévenus, par écrit, qu'un inspecteur viendrait constater les résultats de cette évaluation «s'étaient exécutés ... Une évaluation sur cinq serait dès lors insatisfaisante ... Dans d'autres régions, il s'avèra que rares étaient les employeurs capables d'analyser valablement la situation, malgré une campagne de publicité intensive et la diffusion d'une documentation d'orientation»[105].

L'autoévaluation et la conception d'un système efficace d'assainissement sont des tâches qui exigent la compétence que l'on trouve uniquement dans les industries dont l'activité présente un risque très élevé. Les entreprises de la région de Leeds sur lesquelles a porté l'étude n'avaient pas accordé une bien grande priorité à l'évaluation prescrite, et n'avaient même pas pris le temps de lire la documentation destinée à les aider. On constate donc qu'en l'absence d'une vérification, la conformité reste très limitée, et lorsqu'on les inspecte, les entreprises, notamment les petites entreprises, se bornent à exécuter les injonctions de l'autorité réglementante/du vérificateur. Offrir une orientation ne présente donc d'utilité que lorsque la conformité fait l'objet d'une vérification et d'injonctions.

6.2.5 Résumé

Dans les domaines de la protection de l'environnement et du consommateur, les autorités britaniques ont largement recours à l'octroi de permis pour justifier les vérifications portant sur les résultats du secteur privé : voir, à ce propos UK-E-a-1; UK-E-a-2; UK-E-a-4; UK-E-a-9; UK-E-a-10; UK-X-a-1; UK-X-a-2; UK-X-a-5; UK-X-a-7; UK-X-a-8. Dans le domaine de l'environnement, on a privilégié les mesures incitatives visant à inciter les entreprises à faire preuve de la diligence nécessaire (UK-E-a-3; UK-E-a-5; UK-E-a-6), tandis que pour la protection du consommateur, la réglementation était davantage axée sur les exceptions (UK-X-a-1; UK-X-a-2; UK-X-a-6).

La combinaison de facteurs tels que l'insistance sur les stratégies de prévention les moins coûteuses, l'absence de mesure des effets et de techniques permettant de rendre les agents réglementaires responsables de la réduction du dommage, diminue les perspectives de contentieux engagés par les créateurs de risque ou par des entités exposées; ces dernières, en particulier, sont lésées par la pénurie de données permettant de démontrer qu'il y a eu préjudice. En outre, en l'absence de suivi des effets, les conséquences de la sous-réglementation sont plus difficiles à discerner, avec

comme corollaire moins de revendications en vue d'une répression sévère, puisque les entités exposées sont moins informées de l'ampleur du préjudice découlant d'une application inadéquate de la réglementation. En outre, comme l'observe Richardson (1982), les autorités réglementantes britanniques n'ont pas conscience des répercussions des stratégies qu'elles ont engagées afin de réduire le préjudice. De ce fait, elles relèguent au second plan la réduction du dommage, et privilégient l'obtention de la conformité au moyen de normes minimales, au moindre coût possible. Il s'ensuit que des occasions de réduire les dommages ne sont pas saisies.

Lorsqu'on utilise un système d'octroi de permis sans l'associer à une surveillance systématique des effets, ou à une responsabilité à l'égard des entités exposées ou des supérieurs hiérarchiques, la non-conformité demeure impunie et on n'accorde pas l'attention nécessaire à l'atténuation du dommage. Les Britanniques affirment qu'ils font preuve de tolérance afin de renforcer la conformité; cependant, les éléments manquent cruellement pour démontrer que le préjudice est bien évalué, et que l'on ne renonce aux sanctions, en cas de non-conformité, qu'après s'être assuré que le quantum du préjudice est insignifiant.

L'absence d'intérêt des autorités britanniques pour un équilibre de l'encadrement incite à penser que, ni en théorie, ni dans les faits, elles n'ont adopté, en matière réglementaire, l'approche de l'observation volontaire.

6.3 L'approche américaine en matière d'observation volontaire : un exemple de surréglementation

6.3.1 Postulats et principes de bases

Les Américains ont consacré infiniment plus d'attention que les Britanniques ou les Australiens au remplacement des normes de conception par des normes de résultat, notamment dans les domaines de l'environnement et de la santé et sécurité au travail. Cela s'explique peut-être, en partie, par le recours généralement plus étendu à des normes de conception aux États-Unis, en tous cas par rapport à la Grande-Bretagne. Ce passage des normes de conception aux normes de résultat met en relief la nécessité de suivre de près le quantum de dommage et de mettre sur pied une surveillance des effets.

Les profils réglementaires réunis aux États-Unis font apparaître la diversité des approches employées par les autorités réglementantes américaines. Compte tenu de la stricte observance des règles, il existe une tendance à la surréglementation; en outre, tant les créateurs de risque que les entités exposées s'appuient, de façon très lâche, sur les sanctions et sur le contentieux. Parallèlement, il existe un large éventail de stratégies destinées à favoriser la conciliation ou le consensus. En outre, bien que les

«programmes d'observation volontaire» soient utilisés de façon très sélective, leur développement est beaucoup plus systématique que dans les deux autres pays étudiés. Les procédures de vérification sont beaucoup plus perfectionnées, car elles exigent de l'agent réglementaire qu'il démontre qu'en faisant preuve de souplesse, il ne porte pas atteinte à la réduction du dommage. Mais, lorsqu'on pousse la responsabilité jusqu'à un degré élevé, il faut que la surveillance des effets soit à l'avenant.

En matière réglementaire, les autorités américaines insistent davantage que leurs consoeurs britanniques sur l'atténuation des dommages causés. C'est ainsi que l'*Office of Surface Mining* insiste sur la remise en état (US-E-a-1), tout comme le programme d'arbitrage exécutoire en matière de déchets (US-E-b-2). L'*Office of Surface Mining* (US-E-a-4) ainsi que l'*Environmental Protection Agency* (US-E-b-2), soucieux tous les deux d'éviter les inconvénients de la sous-réglementation, exigent des études de faisabilité visant à démontrer que les méthodes proposées satisferont aux normes de résultats.

Par ailleurs, les programmes américains mettent tout particulièrement l'accent sur l'amélioration constante des normes adoptées dans le but de réduire plus rapidement le quantum du dommage. Une bonne part des contentieux engagés par les créateurs de risque portent sur le réalisme des normes de résultats et des calendriers d'exécution, afin d'en éprouver la faisabilité technologique et économique et de déterminer si une solution moins coûteuse, ou une mise en oeuvre plus graduelle, donnerait satisfaction. Bien entendu, les créateurs de risque cherchent à réduire le coût de la prévention, tandis que les autorités réglementantes et les entités exposées souhaitent une réduction de plus en plus efficace du dommage. Cette situation tranche avec celle de la Grande-Bretagne, dont les autorités, en s'abstenant le plus souvent d'exiger que les calendriers soient respectés, évitent ainsi que les créateurs de risque ne déclenchent un contentieux. La probabilité de contentieux est, au demeurant, également réduite du fait que l'on n'insiste guère sur la responsabilité des autorités réglementantes à l'égard des entités exposées.

L'essentiel de la réglementation américaine repose sur l'hypothèse que les créateurs de risque sont de cyniques calculateurs et que les stratégies réglementaires doivent être conçues de manière à encourager l'investissement dans des systèmes toujours plus efficaces de réduction du dommage. Pour Hawkins, il s'agit d'une «stratégie de la sanction». De nombreuses approches ont été mises en oeuvre, comme le refus de proroger les délais fixés par voie réglementaire, le renforcement des pénalités et du caractère inexorable de leur application, l'imputation des coûts d'atténuation au créateur de risque plutôt qu'au secteur public, la vérification approfondie des programmes d'observation volontaire, la réduction du laxisme par la limitation de la marge discrétionnaire des autorités réglementantes. Ces stratégies, associées aux initatives visant à privilégier les firmes qui entreprennent d'elles-mêmes de

réduire le dommage et d'affiner les techniques employées à cette fin, ont eu comme conséquence la surréglementation.

6.3.2 Le coût, préoccupation des autorités américaines

Si l'on veut améliorer l'efficacité des techniques de réduction du dommage, il faut s'appuyer davantage sur l'innovation que sur la promotion; il faut donc que les créateurs de risque acquièrent la capacité de concevoir, plutôt que de se borner à appliquer des procédures et des techniques normalisées et aussi bon marché que possible. Pour ce faire, il faut former et non se contenter de convaincre, et maintenir un flux d'investissement constant. Or, tant qu'il existe des méthodes moins coûteuses, les entreprises ne sont pas disposées à consentir de tels investissements. Comme l'a montré l'expérience britannique, tant que l'on peut prolonger les délais, recourir à une prévention bon marché, obtenir une certaine indulgence face à la non-conformité et contenir les coûts de l'atténuation, on ne voit guère quelle justification économique donner à de nouvelles procédures et à de nouvelles techniques. C'est pourquoi, aux États-Unis, on s'emploie très activement à augmenter la rentabilité des investissements consentis par les entreprises qui, d'elles-mêmes, cherchent à réduire les dommages.

Les créateurs de risque préfèrent la méthode la moins coûteuse à la méthode la plus efficace. Même s'il est difficile et onéreux de surveiller les effets avec précision, l'adoption de normes de résultat a entraîné une réduction substantielle du quantum des dommages. À titre d'exemple, la norme sur la poussière de coton (US-O-a-16) a entraîné le remplacement de machines périmées par un équipement supérieur, que les entreprises avaient tardé à mettre en place en dépit de sa disponibilité.[106] Or, l'utilisation de ces nouvelles machines permit d'abaisser plus que prévu le coût de la conformité. En effet, l'organisme contractant de l'OSHA avait estimé, en 1974, que le coût serait de 1,941,000 de dollars, alors que, selon les calculs effectués en 1982, ce coût n'avait été que de 245,000,000 de dollars[107]. De surcroît, outre la réduction des périls pour la santé, cet investissement avait entraîné des gains substantiels de productivité.

6.3.3 Les programmes d'observation en coopération

On trouve, par ailleurs, des exemples de programmes d'observation en coopération, réunissant créateurs de risque et entités exposées. C'est ainsi que le *California's Cooperative Compliance Program* (US-O-a-11) cherchait à améliorer les initiatives volontaires en matière de réduction du dommage. On partait du constat que la surveillance de la conformité aux normes de conception devait être entreprise conjointement par la direction et par le personnel des entreprises, auxquels il appartenait en outre de proposer ensemble les procédures et techniques permettant d'améliorer l'efficacité des programmes de sécurité. Partant de l'observation selon laquelle la

direction et le personnel avaient leur domaine respectif de compétence et d'influence, il apparaissait nécessaire de combiner le savoir-faire opérationnel des agents et leur compréhension de l'organisation du travail, avec les contacts, entretenus par la direction, avec des experts en matière de sécurité disposant d'une grande connaissance des normes de conception et des procédures et techniques ayant fait leur preuve. En outre, ces experts disposaient des connaissances permettant de concevoir, ou de remodeler les procédures et les techniques correspondant aux besoins d'une entreprise donnée.

Cependant, ces experts demeurent des conseillers de la direction, et leur avis n'est pas toujours écouté. Par tradition, les travailleurs n'ont pas recours aux conseils des experts en matière de sécurité, car il leur manque l'autorité permettant de modifier les procédures ou la technique employées. Or, en associant la direction et les employés au sein de comités conjoints de sécurité, et en considérant les professionnels de la sécurité comme étant au service des uns et des autres, et en sollicitant auprès de l'ensemble du personnel des propositions visant à améliorer la sécurité, cette initiative permit de mobiliser toutes les sources de compétence contribuant à évaluer des propositions en la matière. Lorsque des propositions faisaient l'objet d'un rejet, ce dernier devait être justifié. Quant à la mise en oeuvre des propositions prometteuses, elle se trouvait facilitée par le fait que leurs partisans, influents auprès de la direction comme dans le syndicat, pouvaient les expliquer et en démontrer la valeur.

On observera toutefois qu'un programme tel que le système d'octroi de permis concernant les produits chimiques (US-E-a-10), qui attribue à l'EPA la responsabilité d'évaluer de façon sélective les effets des produits chimiques, ne garantit pas aux associations de consommateurs l'accès aux résultats de la recherche, des essais et de la surveillance. L'EPA a donc statut de fidéicommis, et les citoyens ne peuvent pas proposer des interprétations nouvelles des données, ni recommander des initiatives. Seule l'EPA est censée disposer du savoir-faire permettant de déterminer s'il y a lieu d'entreprendre de réduire les risques. De ce fait, l'EPA court davantage le risque d'être perçue comme un faux fidéicommis.

Le *California's Cooperative Compliance Program* avait pour objet de restructurer les relations au sein du milieu de travail, afin qu'employeurs et employés puissent lutter plus efficacement contre les violations des règles de sécurité. À première vue, tant les Américains que les Britanniques ont donc créé des comités conjoints de sécurité associant le personnel et la direction; toutefois, les processus employés ainsi que les fonctions assignées à l'autorité réglementante diffèrent considérablement. En effet, selon l'approche américaine, la sécurité est l'affaire de tous, et tout un chacun peut faire des propositions pour améliorer la sécurité. Ainsi, tant les employés que la direction se voient reconnaître une compétence leur permettant d'évaluer les propositions; pour être appliquées, ces dernières doivent d'ailleurs être approuvées par les deux parties. On voit donc que la méthode américaine cherche, de façon concomitante, à améliorer les procédures et techniques de réduction du dommage et à promouvoir l'innovation.

6.3.4 La surveillance de la conformité

La surveillance de la conformité représente une phase essentielle dans l'application d'un programme d'observation volontaire. La participation d'autres personnes que les agents réglementaires à la collecte des informations sur la non-conformité est de nature à en renforcer la qualité et à promouvoir une utilisation plus efficace des ressources réglementaires.

Le meilleur exemple d'une incitation à compléter les informations recueillies par l'autorité réglementante se trouve dans l'initiative, prise par le Comté de Los Angeles, visant à récompenser les personnes qui fournissent des informations sur tout déversement illégal de déchets dangereux, et par la constitution d'unités de spécialistes, relevant des autorités locales, chargées de former les employés municipaux à détecter et à signaler des déversements illégaux (US-E-b-16). De plus, des programmes d'information destinés aux organisations comme au public, contribuent à mieux faire connaître les obligations à caractère réglementaire et à encourager la participation des citoyens. Quant aux récompenses accordées aux informateurs, elles encouragent les employés des firmes contrevenantes à signaler les violations. Ajoutons que les informations ainsi fournies ont conduit au succès de toutes les actions judiciaires entreprises à ce titre.

D'après Richard Mays, ancien conseil juridique de l'EPA, une campagne d'information utilisant comme support des enregistrements vidéos et des annonces dans les journaux ont été envisagées afin d'atteindre les millions de personnes qui se livrent à de l'entreposage souterrain. Cette démarche vise à améliorer l'application des règlements régissant les réservoirs destinés à l'entreposage souterrain, afin de prévenir la contamination de la nappe phréatique.

Quant aux programmes basés sur l'autodéclaration, ils peuvent soit compléter les autres formes de surveillance, soit les remplacer complètement (US-E-a-19; US-E-a-7; US-O-b-1). On peut utiliser les autovérifications dans le domaine écologique comme source supplémentaire d'information; par ailleurs, à mesure que l'on peut davantage s'en remettre aux autovérifications, l'inspection réglementaire de la conformité peut être allégée. De nombreuses observations conduisent à penser que, pour des raisons de validité et d'exhaustivité des données, l'autodéclaration ne saurait remplacer efficacement la surveillance exercée par les autorités réglementaires; toutefois, elle peut constituer un complément d'information utile.

6.3.5 Le remplacement des normes de conception par des normes de résultats.

6.3.5.1 Le besoin de mesures incitatives

Les Américains accordent beaucoup plus d'importance que les Britanniques à la réduction du dommage; par conséquent, ils s'efforcent d'inciter ceux qu'ils considèrent comme des calculateurs cyniques à adhérer de façon volontaire, en renforçant l'incitation à investir de leur propre chef dans la réduction du dommage. Cependant, ces mesures incitatives n'aboutiront que si l'on prévoit le passage de normes de conception à des normes de résultat, si la détection de la non-conformité s'améliore et si l'efficacité des vérifications portant sur la conformité comme sur la réduction du dommage se trouve également renforcée. En outre, il faut que l'incitation à la conformité induite par les systèmes de permis, les sanctions et les récompenses - telles que la gradation des taux d'indemnisation sur la base des antécédents en matière de sécurité - soit suffisante, assez rapide et certaine d'application pour entraîner des investissements constants. En d'autres termes, si l'on veut passer des normes de conception aux normes de résultat, il faut prévoir un système applicable, une information efficace et la possibilité de remplacer l'évaluation de la conformité par l'évaluation des résultats, c'est-à-dire la surveillance des effets.

6.3.5.2 Les conséquences pratiques

Le passage des normes de conception aux normes de résultat a plusieurs conséquences sur la pratique réglementaire : il faudra, notamment, que les agents réglementaires possèdent un bagage technique sophistiqué car l'évaluation de la gravité du dommage et la détermination de normes adéquates en vue de sa réduction, nécessitent une capacité de conception autonome, que ne saurait remplacer aucun manuel. Or, une telle exigence augmente forcément les coûts liés à la réglementation. Par ailleurs, la surveillance rétrospective des effets risque d'entraîner les agents réglementaires sur la voie de modifications conceptuelles ou techniques coûteuses, si bien que le fardeau financier supporté par le créateur de risque augmentera avec les attentes des experts réglementaires.

6.3.5.3 La gestion des interdépendances

Dans le cadre d'un système axé sur les normes de résultat, les agents réglementaires sont appelés à gérer les interdépendances entre les différents intérêts et à favoriser leur entente sur les normes. En cas d'appréciation différente du dommage et des méthodes de réduction idoines entre les créateurs de risque, les entités exposées, les législateurs, l'autorité réglementante et les agents de la Couronne, on verra décroître

l'investissement au titre de la réduction du préjudice causé. Or, on ne constate guère, historiquement, de concertation entre ces différents éléments du système américain, dont les priorités ont emprunté des voies différentes; ainsi, les conflits qui en résultent contrecarrent tout effort visant à promouvoir l'investissement volontaire au titre de la réduction du dommage.

Les actions judiciaires entreprises par les créateurs de risque et par les entités exposées renforcent l'influence des tribunaux et des procureurs de la Couronne. La recherche d'un découplage entre le processus réglementaire et le système judiciaire vise à favoriser une application plus rapide et plus uniforme des sanctions, et à garantir que ces dernières seront suffisamment sévères pour encourager l'investissement visant une prévention et une atténuation efficaces. C'est l'une des raisons pour lesquelles on encourage les méthodes alternatives de résolutions des différends, afin d'éliminer ce facteur de résistance aux investissements. Dans la section suivante, nous examinons plus en détail certains aspects de cette démarche.

6.3.6 La participation multipartite à la réglementation

Les Américains se sont distingués par leur souci d'offrir aux entités exposées la possibilité de proposer des solutions alternatives à celles retenues par l'autorité réglementante. De ce fait, les entités exposées sont invitées à participer à l'élaboration, à la surveillance et à l'application des normes. Cette approche se traduit par le recours fréquent, aux États-Unis, à des méthodes alternatives de résolution des conflits lors de la négociation d'accords de réglement - en particulier dans le domaine de l'environnement - et par l'importance des mécanismes visant à rendre les agents réglementaires responsables de toute carence dans l'application des règlements, notamment dans les domaines de la protection du consommateur et des droits de la personne.

Cependant, lorsque les audiences deviennent des exercices de pure forme, elles risquent de ne pas garantir la responsabilité des agents réglementaires à l'égard des normes qu'ils sont chargés d'édicter et d'appliquer. S'il s'agit de simples formalités, les règles adoptées risquent de ne pas tenir compte des différents intérêts représentés à l'audience; ainsi, les citoyens auront exprimé leur point de vue, mais en vain. D'un côté, la privatisation des accords de règlement peut augmenter dans la mesure où laquelle les citoyens influencent les décisions; mais de l'autre, elle risque de détourner l'attention des solutions de rechange, et des différences entre les avantages et les coûts pour les secteurs public et privé. Lorsque les différends sont résolus selon cette méthode, des pans importants de la population concernée ne sont pas représentés et, bien souvent, les accords conclus ne font l'objet ni de publicité, ni de surveillance. Alors que la médiation contribue utilement à résoudre des différends tenant aux faits, notamment

lorsque ces derniers sont particulièrement complexes, elle est loin d'être aussi efficace face aux problèmes de droit ou de choix d'orientation.

Dans certains domaines réglementaires, les Américains ont fourni aux entités exposées les moyens de faire échec à la sous-réglementation découlant d'une application insuffisante des normes en vigueur. C'est ainsi que la législation américaine en matière de droits civiques ou de sécurité sociale, autorise les particuliers à qui on refuse une prestation à laquelle ont accès certaines catégories, à demander une injonction. Le tribunal approuve alors un plan de conformité et peut ordonner à un organisme réglementant de se doter de moyens supplémentaires pour son application (US-X-c-10).

Il semble que l'existence de procédures que les entités exposées peuvent mettre en oeuvre pour contrecarrer la sous-réglementation soit de nature à réduire considérablement les pressions dans le sens de la surréglementation. En effet, puisqu'elles disposent d'autres méthodes, ces entités n'ont pas besoin de réclamer une limitation de la discrétion réglementaire exigeant l'adoption de règles inappropriées. Remarquons toutefois qu'il est peut être plus difficile de renforcer les mécanismes de responsabilité des agents réglementaires dans le cadre d'un régime parlementaire, où la sous-réglementation a davantage de chance de l'emporter, que dans le régime américain. Cependant, c'est précisément en raison du risque accru de sous-réglementation en régime parlementaire que l'accès à ce genre de mécanisme revêt toute son importance.

6.3.7 L'application : à la recherche de l'efficacité

Les études de cas portant sur les mesures incitatives réglementaires semblent indiquer que les mesures fiscales visant à aider les entreprises à se doter des techniques d'atténuation n'ont guère contribué à améliorer la conformité. Les carences de la surveillance des effets ont empêché l'application des propositions visant à introduire des pénalités pour émissions toxiques et la perception de droit lié au préjudice causé. De plus, ces propositions ont été combattues par ceux qui y voient une sorte de permis de léser, en substituant le paiement d'un droit à la prévention ou à l'atténuation. Ils considèrent que ces mesures ont un effet pervers et amoindrissent, en fait, les chances de voir réduire les dommages. Quant aux amendes, on leur prête généralement les mêmes défauts.

Le détournement de ressources limitées à des fins qui ne renforcent ni la prévention ni l'atténuation du dommage ne peut que nuire aux objectifs réglementaires. Il faut, pour que les amendes contribuent efficacement aux objectifs de prévention et/ou d'atténuation, qu'elles soient substantielles et que leur application soit quasiment inexorable. L'EPA a constaté que la mise sur liste discrétionnaire des entreprises

contractantes et les exigences de divulgation de la SEC contribuent plus efficacement que les amendes à promouvoir la conformité (US-E-a-3; US-E-a-21).

Il arrive souvent que des permis soient délivrés afin de légitimer la vérification des créateurs de risque par simple intermittence. Ainsi, le renouvellement du permis est assujetti au résultat et permet de retoucher les résultats prescrits. S'il est vrai que les Américains vérifient les résultats dans les domaines de l'environnement et de la santé et sécurité au travail, on ne saurait beaucoup attendre d'une telle approche dans le domaine de la protection du consommateur.

6.3.8 L'exception comme instrument de conformité

Aux États-Unis, la place réservée aux exceptions est particulièrement importante dans le domaine de la réglementation environnementale, c'est-à-dire dans le secteur où l'on s'appuie le plus sur des techniques perfectionnées pour atteindre les objectifs réglementaires. Ces exceptions servent à la fois à promouvoir l'innovation technologique et à alléger certaines obligations trop onéreuses. Cependant, leur efficacité dans le premier cas n'est pas corroborée par les études de cas. En effet, l'évaluation des programmes qui prévoient des exceptions indique que l'étude des demandes de dérogation impose des coûts élevés, que les résultats manquent d'homogénéité, que les réclamations pour injustice sont légion, que les retards prolongés sont fréquents et que l'on prête davantage le flanc à la manipulation. Bien souvent, lorsque l'autorité réglementante accorde ou refuse des exceptions, les garanties liées à la procédure sont inadéquates et, au bout du compte, les créateurs de risque sont favorisés au détriment des entités exposées, car on finit par perdre de vue les limites des dérogations.

On trouve des exemples de tolérance à l'égard de la non-conformité dans l'*Environmental Protection Agency's Variance Agreements* pour la pollution thermique (US-E-a-2) et dans l'*Army Corps of Engineers General Permits* (US-E-a-11). Dans les deux cas, les brèches offertes par les mécanismes d'exception ont ouvert la voie à des exemptions généralisées. Dans le cas de l'*Army Corps of Engineers General Permits*, on s'est efforcé d'exempter 60 pour cent des zones marécageuses du territoire américain de la loi régissant le déversement de matières polluantes, contre
3 pour cent d'exemption avant l'introduction du programme de permis généraux. Dans les deux cas, l'octroi de dérogations sur une grande échelle par l'autorité réglementante a entraîné un important contentieux et d'importants retards dans la poursuite des objectifs.

6.4 L'approche australienne en matière d'observation volontaire : l'intégration des entités exposées au processus

6.4.1 Postulats et principes de base

L'approche australienne diffère fondamentalement de l'approche britannique, en ce qu'elle s'efforce d'élargir l'accès du public à l'information concernant la réglementation en assignant davantage de responsabilités aux entités exposées. Elle reconnaît que l'autorité réglementante doit répondre aux hypothèses les plus pessimistes des créateurs de risque comme des entités exposées, et offre aux uns comme aux autres la possibilité de critiquer ses hypothèses et de proposer des solutions de rechange.

6.4.2 Les certificats de compétence

Dans le domaine de la sécurité, les Australiens ont largement recours aux certificats de compétence, émis à des semi-professionnels dont on attend qu'ils connaissent et qu'ils respectent les obligations réglementaires. Les certificats de compétence, à valeur légale, désignent les personnes responsables de la sécurité, notamment dans les secteurs minier et maritime. En cas d'accident, on organise des audiences afin de déterminer s'il y a lieu de retirer les certificats de compétence, ce qui équivaut à interdire aux personnes en cause l'exercice de leur profession. On évite ainsi le problème constaté en Grande-Bretagne, où personne n'est responsable de connaître la réglementation ou d'en promouvoir l'observance.

Les certificats de compétence sont délivrés à des personnes qualifiées, auxquelles on prête la compétence nécessaire pour élaborer des procédures et des techniques d'assainissement correspondant aux contingences de la situation et à l'encadrement du risque. La plus grande liberté est laissée quant aux modalités, qui sont déterminées par les intéressés en fonction des circonstances. On part, en effet, de l'hypothèse que les personnes responsables disposent non seulement de la compétence mais aussi de la motivation nécessaire, étant donné que leur responsabilité est engagée et qu'en cas d'échec elles risquent le retrait de leur habilitation professionnelle.

6.4.3 La surveillance des effets de la réglementation

Le recours aux certificats de compétence, quelle que soit leur efficacité apparente, encourage la prévention du dommage mais sans pour autant promouvoir, de façon concomitante, un investissement constant en vue de sa prévention. La surveillance des effets n'est pas continue; bien souvent, elle n'intervient que lorsque la prévention a échoué. En règle générale, la surveillance des effets n'est pas, en Australie, du ressort

de l'autorité réglementante. À titre d'exemple, ne font pas partie de ces responsabilités la surveillance des réactions contraires aux produits pharmaceutiques, l'évaluation des conséquences que peuvent avoir les exemptions aux dispositions relatives à la concurrence, et l'examen des conséquences liées au consentement conditionnel imposé par les commissions d'enquête en matière d'environnement. C'est uniquement dans le domaine de la protection du consommateur que la vérification des résultats est considérée comme une véritable priorité.

Dans de telles conditions, on risque d'assister à des dégâts considérables avant qu'une norme donnée de diligence raisonnable ne soit amendée; une fois le dommage causé, et si l'on fait abstraction de la réglementation en matière de protection du consommateur et de droits de la personne, on ne se préoccupe guère d'atténuation. Le recours à des normes de résultat non assorties de surveillance des effets conduit à considérer la faisabilité comme plus importante au moment de l'élaboration de la réglementation, et à moins se soucier de son efficacité comme instrument de réduction des dommages.

Lorsqu'il y a effectivement vérification, elle a pour objet de définir l'admissibilité à l'octroi ou au renouvellement d'une licence, ce qui peut nécessiter l'élaboration individualisée, voire la redéfinition de normes de résultat, ainsi que la surveillance des effets. La vérification pourra porter sur l'évaluation d'une norme à faible coût dans un contexte donné, afin de s'assurer qu'elle a été respectée.

Précisons cependant que le rôle des entités exposées au cours du processus de vérification prend un caractère contentieux, ce qui soulève un certain nombre de questions :

- Les entités exposées auront-elles connaissance des évaluations des résultats et leur donnera-t-on l'occasion d'en critiquer les données ?
- Pourront-elles proposer d'autres interprétations de ces données ?
- Quel rôle les entités exposées assument-elles dans la définition des normes de résultat à respecter ?
- Ces normes traduisent-elles les priorités des entités exposées ou, tout simplement, celles de l'organisme réglementant ?

La plupart des programmes d'octroi de permis ne prévoient ni l'accès des entités exposées aux évaluations des résultats, ni la possibilité de participer aux définitions individualisées des normes appropriées de résultat. Cette carence est en partie attribuable à une surveillance insuffisante des effets.

Ajoutons cependant qu'en Australie, les entités exposées participent à certains programmes de surveillance de la conformité :

> Les résidents du littoral du Queensland prennent régulièrement des mesures de la plage et les communiquent au Bureau central de Brisbane. Dans le même ordre d'idées, le *Western Australian Department of Fisheries and Wildlife* a nommé un certain nombre d'agents honoraires, chargés d'aider à la surveillance générale, et a nommé plusieurs gardiens bénévoles chargés de surveiller les épaves à valeur historique[108].

Ces programmes de collecte des données viennent compléter la surveillance ordinaire et renforcent la détection des dommages susceptibles d'être atténués.

6.4.4 Les techniques de résolution des différends

Plutôt que de recourir à des méthodes alternatives de résolution des différends, les Australiens ont adopté un système de consultations, de projet de rapport, de conférences ou d'audiences au cours desquels le projet de rapport est critiqué, avant la publication du rapport définitif. Ce processus peut servir à conseiller le ministre, ou à décider de l'octroi de dérogations. Les entités exposées participent à l'évaluation des interprétations que donne l'organisme réglementant des données et des recommandations de politique. On précise, à l'intention du ministre et/ou de l'autorité réglementante, l'origine des accords et des divergences, ce qui permet de mieux comprendre les conséquences de l'acceptation ou du rejet des avis émis.

Lorsque c'est l'organisme réglementant, plutôt que le ministre, qui dispose du pouvoir décisionnel, il y a possibilité d'appel auprès de tribunaux composés d'experts spécialisés, ou devant l'instance d'appel administrative, lorsque la procédure est en cause. En dépit du fait que les procédures d'appel permettent de contester la légitimité des décisions réglementaires, elles n'habilitent pas les entités exposées à exiger, de la part de l'organisme réglementant, une application plus rigoureuse des textes législatifs.

6.4.5 Les exceptions

L'*Australian Trade Practices Commission* a élaboré des procédures formalisées qui permettent la participation du public à l'examen des demandes de dérogation - si un tel système d'octroi de dérogations était adopté aux États-Unis, il contribuerait peut-être à réduire, dans ce pays, le nombre et le succès des actions judiciaires engagées. La méthode australienne établit une claire distinction entre les avantages et les coûts publics et privés; en outre, il est bien précisé que les dérogations sont réservées au cas où les avantages, pour la société, compensent largement la réduction de la concurrence.

Cependant, les avantages publics sont décrits en termes exclusivement économiques, et les autorisations sont accordées sur la base de prévisions. L'autorité réglementante n'assume aucune responsabilité en matière de surveillance des effets; si une telle activité est entreprise, la responsabilité en incombe aux entités exposées[109]. En l'absence de surveillance des effets, on n'accorde pas suffisamment d'attention au quantum et à la répartition du dommage, qui demeure entier lorsqu'une dérogation est accordée.

On a justifié les dérogations en disant qu'il s'agit d'une technique nécessaire pour faire progresser les normes des résultats et l'innovation technologique; il semble toutefois, d'après les observations, que cette méthode ne contribue guère à encourager l'innovation technologique; quant aux normes de résultat, rien ne prouve qu'elles en ont bénéficié. Les dérogations sont en fait utilisées de façon quasi exclusive pour permettre une prévention aussi peu coûteuse que possible et pour garantir la faisabilité technique des normes. On est loin d'avoir démontré que les dérogations contribuent à améliorer la réduction du dommage grâce à une conception individualisée.

Le fait d'accorder des exceptions risque de déboucher sur une certaine tolérance à l'égard de la non-conformité. Si la non-conformité n'a qu'une incidence minime sur le quantum des dommages, on peut ne voir dans une dérogation qu'une simple manifestation de souplesse. Cependant, si le dommage a des conséquences importantes, alors une dérogation consiste, en fait, à sacrifier la prévention du dommage au nom d'un objectif d'ordre social ou économique. Si l'on veut pouvoir établir une distinction entre souplesse, d'une part, et non-conformité tolérée, d'autre part, il faut surveiller les effets, car à défaut de surveillance, on manquera des éléments concrets permettant de différencier ces deux notions.

6.5 L'enseignement des expériences britannique, américaine et australienne

Les profils réglementaires réunis dans la deuxième étude et auxquels nous nous référons dans ce chapitre, donnent une idée du large éventail d'approches qui ont été adoptées afin de réduire le dommage et d'obtenir la conformité. Certaines de ces approches réussissent mieux que d'autres. C'est pourquoi nous nous efforçons, dans les développements qui suivent, de résumer tant les aspects positifs que les aspects négatifs, c'est-à-dire les effets des approches mises en oeuvre dans les autres pays.

Dans notre synthèse, nous passons du général au particulier, et nous concluons avec un récapitulatif des techniques propres aux trois systèmes étudiés; cependant, il ne s'agit pas d'un recueil de règles impératives. Le lecteur en quête de directives pourra se reporter aux recommandations contenues dans le dernier chapitre de la présente étude.

6.5.1 Principes et approches de base

6.5.1.1 La révision des hypothèses de départ : Normes de conception ou normes de résultat?

L'observation volontaire vise d'une part à améliorer la réglementation par des retouches et par une individualisation des règles et, d'autre part, à accroître le nombre des créateurs de risque qui contribuent à la réduction du dommage. Elle fait appel à des règles contingentes, sujettes à de constantes améliorations : c'est ce que l'on appelle la réglementation dynamique.

Les normes de conception sont d'application plus facile; quant aux normes de résultat, elles attirent plus naturellement l'attention sur la réduction du dommage, tout en encourageant un processus constant d'amélioration qui stimule la découverte de nouvelles méthodes et leur diffusion. Les économistes ont insisté sur le coût de la réglementation, dans la mesure où elle limite les choix et détourne les ressources à des fins improductives. En réponse à ces critiques, une bonne partie de la réforme réglementaire a tendu à élaborer des règles moins coûteuses pour les créateurs de risque et moins directives quant aux méthodes permettant de réduire les dommages. Les critiques formulées par les économistes ont encouragé le passage des normes de conception aux normes de résultat, et ont mis à l'honneur les normes de conception peu coûteuses.

H.A. Latin (1985), en particulier, soutient que la réglementation dynamique porte atteinte à l'équité et augmente les coûts, transférant le fardeau de leur accroissement des créateurs de risque au gouvernement. Il affirme également que l'on ne s'est guère préoccupé des conséquences que peuvent avoir les normes de conception peu coûteuses, de même que le recours généralisé aux dérogations au principe de la réduction du dommage. Les écrits spécialisés semblent en effet confirmer que ces exemptions ont servi à élargir le périmètre de la non-conformité tolérée, au lieu d'encourager l'amélioration des méthodes de réduction du dommage, sacrifiant ainsi les intérêts des entités exposées à ceux des créateurs de risque.

Il semble donc que les réformes introduites pour faire droit aux préoccupations des économistes aient alourdi les coûts supportés par les gouvernements et par les entités exposées, en réduisant les coûts imputés aux créateurs de risque. En outre, un recours plus intensif à la surveillance des effets révèlerait probablement - comme dans le cas des péréquations en matière de normes d'émissions[110] - l'étendue du terrain que l'on aurait pu gagner, n'eût été la préoccupation d'alourdir les coûts subis par les entités exposées.

6.5.1.2 La nécessité de surveiller les effets

La réglementation a pour objet de réduire le dommage. Afin de juger des résultats, il faut mettre en oeuvre une surveillance des effets; si l'on veut apprécier l'efficacité relative de différentes méthodes, il faut pouvoir mesurer avec précision la réduction du dommage qu'elles entraînent. C'est pourquoi il faut consacrer davantage de ressources à la mise au point d'instruments efficaces de surveillance du dommage.

Rhodes a soutenu que les inspecteurs sont en mesure d'évaluer la conformité, mais que leur efficacité en matière de surveillance des effets laisse à désirer. Il faut, si l'on veut que le régime de facturation des émissions toxiques préconisée par les économistes devienne applicable, pouvoir en mesurer avec précision les effets sur le quantum des dommages; cependant, l'application de ce régime au déversement dans les égouts, en Grande-Bretagne, donne à penser que ce régime est peut-être un instrument moins efficace que ne le suggèrent les économistes[111]. Il faut donc élaborer des systèmes plus perfectionnés : à titre d'exemple, le service de la recherche en ingéniérie de l'EPA s'attache à mettre au point des capteurs que l'on peut brancher sur un ordinateur, pour pouvoir surveiller de façon ininterrompue la production de déchets toxiques[112].

Si l'on veut obtenir des prévisions plus efficaces du dommage, la surveillance des effets doit faire partie intégrante de l'élaboration d'une réglementation efficace, car il s'agit d'une condition essentielle à l'adoption de mesures correctrices prospectives. En effet, le simple recours à une analyse des risques, ou des avantages/coûts, c'est-à-dire à des prévisions n'incorporant pas une surveillance des effets, aboutira inévitablement à des conflits portant sur les hypothèses qui sous-tendent l'analyse; tant il est vrai que les créateurs de risque et les entités exposées portent des appréciations différentes sur les risques, les avantages et les coûts.

Il faut donc les inviter à participer au processus réglementaire, afin qu'ils puissent mettre en cause les prévisions servant à déterminer le degré de prévention et à prévoir les remèdes nécessaires. Au demeurant, un recours plus large à la surveillance des effets, tout en améliorant la base de données servant aux prévisions, peut aussi réduire les divergences quant aux effets, rendant ainsi moins critique la participation du public au processus réglementaire.

La surveillance de la conformité peut, elle aussi, bénéficier d'une mesure plus efficace des effets. Il arrive souvent, à l'heure actuelle, que l'on ferme les yeux sur la non-conformité, du fait que l'on n'a pas établi, sans ambiguité possible, les conséquences dommageables du non-respect des normes de conception ou de résultat. En outre, bien que prescrites par la loi, les normes réglementaires manquent souvent de légitimité, car leur lien avec la réduction du dommage n'est pas suffisamment établi. La surveillance des effets pourrait contribuer à renforcer la légitimité de la réglementation

ainsi que la détermination des autorités réglementantes, des agents de la Couronne et du corps judiciaire à les faire appliquer.

S'il est vrai que la surveillance des effets est de nature à améliorer considérablement la surveillance de la conformité, cette dernière, en tant que telle, ne suffit sans doute pas à renforcer la réduction du dommage. En fait, le renforcement de la conformité risque d'entraver l'amélioration des techniques de réduction du dommage, contrecarrant ainsi les objectifs réglementaires. C'est pourquoi le choix des options visant à renforcer l'efficacité de la réglementation au Canada doit toujours être accompagné d'une appréciation des conséquences quant au renforcement de la conformité et à l'amélioration des techniques de réduction du dommage.

6.5.2 Un arsenal de techniques

6.5.2.1 L'engagement volontaire de conformité

L'engagement volontaire de conformité (UK-X-a-2) est une notion dont pourraient s'inspirer les responsables canadiens de la réglementation. En Grande-Bretagne, ces engagements prennent la forme de calendriers d'alignement sur la réglementation, plutôt que d'échéanciers de réduction du dommage attribuable à l'inadéquation des mesures préventives. En Grande-Bretagne, le public ne joue aucun rôle dans la négociation, la surveillance et la mise en oeuvre des normes et des échéanciers de résultats imposés au contrevenant. C'est pourquoi, si l'on décide d'adapter les engagements de conformité volontaire au Canada, il faudra veiller à y adjoindre des échéanciers de réduction - rétroactifs au besoin - des dommages causés. Il faudra que les entités exposées soient associées à la négocation des échéanciers et mesurer le quantum de réduction du dommage au moyen d'une surveillance des effets. Il importe que les conditions négociées soient portées à la connaissance du public et que les entités exposées se voient offrir les moyens légaux d'exiger l'application des règles, si l'autorité réglementante manque à sa tâche dans ce domaine.

6.5.2.2 Le commissaire chargé d'enquêter

Le recours à des commissaires chargés d'enquêter (UK-E-a-11 et Au-E-a-5) et de conseiller les ministres sur les conditions de consentement répondant aux hypothèses les plus pessimistes des créateurs de risque et des entités exposées, semble préférable à la méthode américaine, basée sur le règlement privé des litiges, au moyen de méthodes alternatives de règlement des différends. En effet, cette approche est moins rigide que les audiences d'évaluation en matière d'environnement, et coûte infiniment moins cher du fait que l'on se passe des avocats. L'accent mis sur l'élaboration de mesures

correctrices individualisées, face aux hypothèses les plus pessimistes, semble constituer une approche prometteuse en matière d'atténuation des conflits. Cependant, il faudra sans doute prévoir publier les rapports au moment de leur soumission au ministre, et exiger de ce dernier qu'il justifie le rejet ou la modification des recommandations qui lui sont adressées. Une fois les conditions remplies, il faudra prévoir des avis de bonne exécution, et suivre de près les effets afin d'améliorer constamment les conditions du consentement.

6.5.2.3 Les avis d'interdiction

Les avis et ordonnances d'interdiction ont fait leur preuve en tant que mesures incitatives réglementaires; en outre, le fait d'autoriser les employés, lorsque la sécurité est en péril, à interrompre la production jusqu'à l'arrivée d'un inspecteur est une forme de pouvoir que les employés syndiqués ont utilisée de façon responsable en Grande-Bretagne et en Australie (UK-O-a-3; Au-O-a-4).

6.5.2.4 Les certificats de compétence

Les certificats de compétence (Au-E-a-1; Au-O-a-2; Au-O-a-4) peuvent servir à préciser qui est chargé de veiller sur la conformité en matière réglementaire et qui doit autoriser et mettre en oeuvre les stratégie de réduction du dommage. Même si, en Australie, ces certificats ne sont pas assujettis à renouvellement périodique, la réglementation canadienne devrait l'exiger. Le renouvellement devrait être l'occasion d'un examen portant sur les améliorations à apporter à la réduction du dommage, et pourrait constituer une plate-forme pour la diffusion des techniques nouvelles. On pourrait également créer une catégorie de certificats de haute compétence, afin de récompenser les opérateurs qui promeuvent l'innovation en matière de réduction du dommage.

Il importe toutefois de bien comprendre que, si les certificats de compétence peuvent être efficaces dans un contexte dynamique et varié, ou lorsque les principes de conception sont clairement définis, ils risquent de l'être moins lorsque ces principes sont en mutation et que le contexte est complexe. Ainsi, les certificats de compétence ne sauraient convenir à l'encadrement de l'exploitation des gisements de gaz et de pétrole au large des côtes, situation qui nécessite une concertation constante entre l'autorité réglementante et les experts du créateur de risque. Dans un tel contexte, il est encore plus important d'opérer une prévérification des projets réglementaires visant à réduire les dommages et à surveiller à temps plein les effets. Les autorités réglementantes comme les experts du créateur de risque doivent contribuer à l'amélioration constante des stratégies visant à réduire les dommages.

6.5.2.5 Les processus d'autorisation

Le processus d'autorisation (Au-X-b-1 et Au-X-a-5) employé par l'*Australian Trade Practices Commission*, qui régit l'octroi de dérogations, permet au créateur de risque comme aux entités exposées de critiquer les postulats de l'autorité réglementante. Il autorise, en particulier, les personnes disposant d'un savoir-faire opérationnel à critiquer les concepts de base susceptibles, selon l'organisme réglementant, d'améliorer la réduction du dommage. Lorsque les effets prévus ne sont pas atteints, il devrait incomber à l'organisme réglementant de révoquer ou d'amender les conditions d'autorisation. Quant aux entités exposées, elles devraient pouvoir continuer à demander le renouvellement d'une autorisation. Enfin, toutes les autorisations devraient être examinées à intervalle triennal ou quinquennal.

6.5.2.6 Les pénalités, administratives et autres

En matière réglementaire, les autorités américaines ont, entre autres, recours aux pénalités administratives (US-E-c-1; US-E-c-3; US-E-c-6), méthode dont les autorités réglementantes canadiennes pourraient s'inspirer afin de renforcer la certitude, l'uniformité et la rapidité avec laquelle les sanctions sont administrées. Cependant, il est essentiel de garder à l'esprit que les pénalités ont pour objet de réduire le dommage. C'est pourquoi, si d'autres stratégies encouragent plus efficacement l'investissement au titre de la réduction du dommage, il faudra leur accorder la préférence. Le choix de la meilleure stratégie doit s'appuyer sur une surveillance des effets, avec pour objectif un assortiment de mesures incitatives de la prévention et de l'atténuation ayant les meilleures chances de conduire à un investissement volontaire au titre de la réduction du dommage.

Il est donc important de suivre l'exemple américain, et de partir de l'hypothèse que les créateurs de risque sont cyniques et calculateurs. L'autorité réglementante devrait avoir pour objectif de créer des incitations à investir dans des stratégies toujours plus efficaces de réduction du dommage; c'est pourquoi l'évaluation systématique des autres stratégies possibles doit jouer un rôle de premier plan. Il faut, par ailleurs, mieux récompenser ceux qui obtiennent les meilleurs résultats en matière de réduction des dommages, et qui contribuent à diffuser les bonnes stratégies. La *Securities Exchange Commission (SEC)* s'appuie aujourd'hui sur les règles en matière de divulgation pour identifier les firmes qui ne se conforment pas à la législation environnementale (US-E-a-21). On pourrait envisager une approche analogue afin de mieux faire connaître au public les entreprises qui se sont particulièrement distinguées dans l'application de programmes d'observation volontaire. De plus, ces entreprises représentant un meilleur investissement, il y a également lieu de les signaler aux investisseurs potentiels.

L'application d'amendes pour les violations mineures (US-E-c-3) peut accélérer considérablement le processus de sanction et augmenter spectaculairement le taux de perception. On peut également user de la réduction des pénalités monétaires en échange de l'application de programmes de promotion et de prévention (US-E-c-2), afin d'améliorer les systèmes de contrôle interne et de renforer l'efficacité des activités promotionnelles. Selon une évaluation effectuée par les compagnies pétrolières, la promotion est efficace dans la mesure où elle émane d'autres sources que l'autorité réglementante.

Signalons également les pénalités civiles - reportées au besoin - en vertu du Clean Air Act (ES-E-c-6), évaluées sur la base des économies qu'une entreprise a réalisées en ne se pliant pas à un échéancier de conformité. Les pénalités ont pour objet de priver l'entreprise des économies ainsi réalisées.

6.5.2.7 Sensibiliser davantage le public et encourager sa participation

Il serait bon, pour l'efficacité de la réglementation au Canada, que l'on s'efforce de mieux faire comprendre qu'il est important de pouvoir déceler les cas où les objectifs de cette réglementation ne sont pas atteints, et d'encourager la communication d'informations sur les cas de non-observation des règles. C'est pourquoi il faut faire en sorte que les autorités réglementantes soient aidées dans leur tâche de surveillance de la conformité et de détection des dommages.

6.5.2.8 Faire supporter au créateur de risque le coût de l'atténuation

La responsabilité privée en matière d'atténuation des dommages causés, concept mis en oeuvre dans la loi américaine sur le Superfund, devrait recevoir une application plus générale. Il faut entreprendre des recherches sur les conséquences des mesures préventives et les changements intervenant dans la conception de systèmes de contrôle internes, lorsqu'on assigne au créateur de risque la responsabilité de redresser les torts causés par le passé. Il faut signaler, parmi les aspects particulièrement attrayants de cette approche, le fait que les créateurs de risque peuvent décider de concevoir et de mettre en oeuvre eux-mêmes ces mesures correctrices, ou en supporter simplement le coût, tout en laissant le gouvernement assumer cette fonction. Des recherches s'imposent pour déterminer si l'efficacité de la prévention diffère selon le choix de l'une ou de l'autre de ces méthodes.

6.5.2.9 La protection volontaire

Le programme américain de protection volontaire s'est avéré particulièrement efficace pour ce qui est de fournir aux organismes réglementants les informations nécessaires à l'élaboration de meilleures normes en matière de conception et de résultat. Ce mécanisme a également contribué à inciter les entreprises ayant adopté des systèmes de contrôle interne particulièrement efficaces, à partager leur savoir-faire avec leurs consoeurs et à leur prodiguer des conseils.

6.5.2.10 Les comités conjoints de sécurité direction/personnel

Ces comités, mis sur pied dans le cadre du *California Cooperative Compliance Program*[113], définissent les structures de relations qui, au sein des entreprises, encouragent l'amélioration constante des procédures et des techniques d'assainissement. Grâce à l'évaluation et à l'application rapide des propositions émanant des opérateurs, on encourage la présentation de procédures visant à améliorer les méthodes en vigueur. Lorsque des cadres supérieurs, jouissant d'un certain prestige, sont en mesure d'expliquer les propositions et leurs conséquences prévisibles à l'entreprise, la mise en oeuvre ne se fait pas attendre. En outre, lorsque les concepts avancés par les experts du personnel sont soumis à un feu nourri d'appréciations positives et négatives de la part des agents techniques comme de la haute direction, ils sortent nettement améliorés de ce processus. Enfin, lorsque les organismes réglementants établissent une classification, par priorité, des pratiques qu'il faut modifier, ils contribuent de façon notable à une mise en oeuvre rapide.

7.0 ÉTUDES DE CAS : L'AUTORÉGLEMENTATION RESPONSABLE (ACCOUNTABLE SELF-REGULATION)

En 1982, Braithwaite énonça le concept «d'autoréglementation encadrée» : il s'agit d'une approche qui assigne au secteur privé des responsabilités considérables en matière de conception des systèmes de contrôle interne, la mission de l'autorité réglementante consistant à autoriser les normes de résultat et les méthodologies proposées par l'entreprise, et à vérifier leur observation. L'avantage de l'autoréglementation encadrée tient au fait qu'elle permet de prendre en compte les contingences influençant l'efficacité du schéma réglementaire. C'est donc aux entreprises, et non à l'autorité réglementante, qu'il incombe d'assurer que les méthodes proposées soient réalistes et efficaces; quant à l'organisme réglementant, il veille à la réalisation des objectifs en matière d'efficacité.

En 1986, au cours des réunions de la *Canadian Law and Society*, Baar proposa de désigner plutôt l'approche en question sous le nom de «autoréglementation responsable». Cette dernière approche met principalement l'accent sur le contrôle extérieur imposé tant par le créateur de risque que par l'autorité réglementante et, à titre subsidiaire, sur les responsabilités de l'autorité réglementante en matière de surveillance.

Nous nous proposons, dans ce chapitre, d'étudier de façon très détaillée un certain nombre d'approches qui, à divers degrés, sont voisines de l'autoréglementation responsable. Nous analyserons des cas concrets d'autoréglementation responsable sous l'angle des différentes phases d'élaboration des programmes mentionnés dans les chapitres précédents : diagnostic/évaluation, conception de systèmes, évaluation et application. Parallèlement, les facteurs influençant l'efficacité de cette démarche, tels que le savoir-faire interne, la participation des syndicats, la perception du risque et l'influence de l'autorité réglementante ne seront pas négligés. On trouvera, dans une étude ultérieure, une documentation aidant à mieux comprendre le concept d'autoréglementation responsable ainsi que les facteurs influençant sa mise en oeuvre.

7.1 L'approche britannique en matière d'autoréglementation responsable

7.1.1 L'élaboration d'un cadre stratégique

Le Health and Safety at Work Act, promulgué en 1974, encourageait le recours à l'autoréglementation comme moyen de renforcer la sécurité dans les usines britanniques, et confiait au *Health and Safety Executive's Factory Inspectorate* le soin d'appliquer la méthode de réglementation proposée par la Commission Robens en 1972. Cette démarche visait à se détourner de l'imposition de règles détaillées par les organismes

extérieurs, de même que du recours intensif à des sanctions légales, les règles devant être accessibles et claires, sans pour autant imposer des modalités complexes et détaillées. C'est ainsi que furent combinées les obligations légales et les codes adoptés volontairement par les employeurs, ce qui réduisait l'importance des normes de conception ou de performance; en outre, le recours à une réglementation contraignante devait être réservé au cas où les codes de pratiques approuvées ne permettaient pas d'obtenir satisfaction. On voit donc que le Health and Safety at Work Act encourageait l'autoréglementation et l'autoévaluation.

La Commission Robens partait de l'hypothèse qu'il fallait laisser aux employeurs l'essentiel de la responsabilité pour ce qui est d'améliorer la sécurité au travail et de réduire l'incidence des maladies profesionnelles, les travailleurs n'ayant, en la matière, qu'une responsabilité secondaire. Cette répartition des responsabilités fut adoptée afin de sensibiliser davantage les employeurs à leurs obligations légales, de leur faire prendre conscience des dangers, de leur faire mieux apprendre les techniques et pratiques d'assainissement et de les responsabiliser quant à l'application de leurs décisions. D'après le rapport publié par la Commission (1972), la source principale des accidents du travail était la fatigue constatée tant chez les travailleurs que chez les employeurs. Le rapport en déduisait la nécessité d'appliquer «une stratégie coopérative réservant aux inspections effectuées par l'État une fonction de conseil, plutôt que "d'application rigoureuse" de sanctions légales»[114].

7.1.2 La réglementation propre à une industrie donnée

En 1977, le conseil d'administration du *Health and Safety Executive's (HSE)* adopta une nouvelle approche : les règlements auraient pour objet de préciser les buts, les principes ou les normes quantifiées; ces règles concernant un risque donné étaient applicables à l'ensemble des industries. Les codes de pratiques homologuées, au lieu des créer des obligations d'ordre législatif, énonçaient les modes privilégiés par lesquels les industries pourraient se conformer aux prescriptions de la réglementation. En outre, des notes d'orientation, fournissant des conseils autorisés, porteraient sur tel ou tel processus ou intéresseraient une industrie donnée.

En 1982, on opéra un renversement de politique afin d'assouplir le système : les codes de pratiques homologuées furent rattachés, non plus au règlement, mais aux obligations statutaires. En 1984, on reconnut la nécessité d'une certaine réglementation, tout en continuant de mettre l'accent sur des règles de catégories subalternes. Plus récemment, on s'est éloigné des règles d'application générale pour s'orienter vers des règles propres à une industrie ou à un processus.

Les inspecteurs chargés d'aider au fonctionnement du système au niveau réglementaire reçoivent une formation de deux ans, destinée à leur faire assimiler plusieurs éléments-clés :

- les rouages du dispositif juridique;
- les principaux éléments de droit civil et de droit pénal liés à la santé et à la sécurité;
- les prescriptions essentielles des principales lois et de la réglementation subordonnée;
- l'interprétation donnée par les tribunaux de ces prescriptions;
- la façon dont le corps des inspecteurs de l'industrie interprète et applique cette législation; et
- la manière de mettre en pratique les prescriptions applicables au groupe industriel au sein duquel ils travaillent.[115]

Un régime de formation individualisé leur permet de mieux comprendre les dangers présentés par une industrie particulière, ainsi que la portée des codes de procédure, des normes, des notes d'orientation et autres règles. Étant donné la nécessité de connaître la loi pour justifier son autorité, une formation en cours de carrière permet de creuser la législation pertinente.

Dans un premier temps, les projets de règles sont adressés aux économistes du HSE, qui dressent un premier inventaire des avantages et des coûts. Une fois obtenue l'approbation du HSE, on organise des consultations avec «les deux camps de l'industrie». Suite à l'approbation officielle, on entreprend de recueillir des avis, notamment auprès de la *Health and Safety Commission* (organisme tripartite composé de représentants de la *Confederation of Bristish Industry*, du *Trade Union Congress* et des autorités locales); l'industrie, les ministères et les agents du HSE chargés de l'application sont également consultés. Une fois remaniés, les projets sont de nouveau soumis à la *Health and Safety Commission*, pour approbation définitive. Ce processus nécessite, en moyenne, 160 semaines.

D'après le syndicat représentant le corps des inspecteurs, la principale source d'insatisfaction à l'égard de ce processus tient au fait que les règles ne sont pas conçues en fonction de leur application. Bien qu'il soit plus facile d'entamer, au besoin, des poursuites pour obtenir le respect des «obligations applicables», ces dernières ont été remplacées par la notion, beaucoup plus vague «d'obligations applicables dans des conditions raisonnables». Parallèlement, l'obligation de prendre des «mesures

techniquement réalisables» a été été, elle aussi, remplacée par l'obligation de prendre des mesures «raisonnables, compte tenu de l'équilibre des avantages et des coûts».

Baldwin fait ainsi la synthèse du rôle et des fonctions assignés au Comité de Sécurité créé par Health and Safety at Work Act :

> «La loi autorise les syndicats reconnus à désigner, parmi les employés, des représentants en matière de sécurité ... Ces derniers ont, entre autres, le droit de demander la création d'un comité de sécurité. [Leur] fonction consiste à enquêter sur les plaintes, les risques de danger, les événements dangereux et les accidents; à présenter des instances aux employeurs concernant ces événements ou, de manière générale, sur les questions de santé et de sécurité; et à inspecter le lieu de travail, de façon routinière ou suite à un accident. L'employeur doit aider le représentant en matière de sécurité à s'acquitter de ces tâches, autoriser la reproduction des documents pertinents et rémunérer le temps consacré à l'exercice de ces fonctions ainsi qu'à la formation. Quant aux comités de sécurité, ils ont pour mission générale de suivre les questions de santé et de sécurité et de signaler à la direction des problèmes tels que les tendances en matière d'accident et les maladies sur les lieux de travail»[116].

Une approche plus efficace, faisant appel aux comités de sécurité, a été mise au point dans le cadre du *California Cooperative Compliance Program*. Nous l'analysons en détail dans la seconde partie de ce chapitre.

7.1.3 La coopération des employeurs dans le cadre de l'autoréglementation

L'autoévaluation et l'autoréglementation donnent-elles des résultats satisfaisants? Les règles, édictées en 1980, concernant la contamination par le plomb, illustrent l'activité réglementaire normale qui peut se dérouler dans une industrie autoréglementée. Il incombait aux employeurs d'effectuer des analyses afin de déterminer le niveau d'exposition de leurs employés. Les entreprises de moindre importance, auxquelles manquaient les compétences nécessaires, s'en remirent aux inspecteurs pour définir les règles à respecter et leur modalité d'application. Cette méthode s'avèra, en fait, extrêmement coûteuse. Une étude de la conformité parmi les employeurs de Leeds donna lieu à un avertissement écrit selon lequel un inspecteur, chargé d'étudier l'autoévaluation, avait constaté que 53 pour cent seulement des entreprises visées s'étaient exécutées, et que 20 pour cent des autoévaluations étaient insatisfaisantes. La plupart des employeurs n'avaient pas eu le temps d'étudier la documentation et, en dépit d'une publicité intensive et des conseils distribués, rares étaient les employeurs capables d'effectuer des évaluations valables.

Le même constat devait être effectué dans une autre industrie appliquant l'autoréglementation. En 1987, Genn interrogea les responsables de 40 sites agricoles et industriels de Londres, du Kent, du Sussex, du Somerset, de Bristol, de Worcester, de Newcastle-on-Tyne, de l'East Anglia, du pays de Galles et de Liverpool. Ces sites avaient été sélectionnés afin de «fournir des informations sur des entreprises très dangereuses et moins dangereuses; ... sur le degré de syndicalisation du personnel; en outre, elle devait porter sur des entreprises employant moins de 100 personnes, plus de 100 personnes et entre 100 et 500 personnes, et représentant une vaste gamme de processus industriels»[117].

Genn constata que la conformité aux règles était plus répandue parmi les entreprises aux caractéristiques suivantes :

i) processus industriel dangereux ou risques pour la santé parfaitement reconnus;
ii) un grand nombre d'employés;
iii) un personnel de sécurité spécialisé; et
iv) un degré élevé de syndicalisation.

Le phénomène inverse se constatait dans les conditions suivantes :

i) pas de danger majeur évident, ni de risque reconnu;
ii) un nombre relativement réduit d'employés;
iii) pas de spécialistes de la sécurité.

Dans ces industries, il s'agit surtout de respecter les délais de production au moindre coût possible. Quelle que soit la vigueur des réclamations de l'inspecteur, ces entreprises ne se conforment que sous la menace de sanctions, et se limitent à exécuter ce qui est exigé par l'inspecteur. Ces entreprises considèrent que la réglementation en matière de santé et de sécurité leur est imposée par l'inspecteur.

Les dirigeants interrogés par Genn étaient rarement au courant de la réglementation; ceux qui l'étaient - principalement dans les entreprises de grande taille et présentant un danger - pensaient que l'on attendait trop des employeurs et que les prescriptions, beaucoup trop complexes, étaient difficiles à comprendre.

Les grandes entreprises mettant en oeuvre des processus très dangereux avaient adopté une démarche proactive en matière de conformité, laquelle présentait généralement les caractéristiques suivantes :

- des politiques détaillées en matière de sécurité;

- des normes internes excédant parfois les exigences réglementaires;

- la désignation, parmi les membres du personnel, de personnes assumant une responsabilité particulière à l'égard des normes de santé et de sécurité;
- la participation du personnel aux questions de sécurité;
- des procédures d'inspection propres à l'entreprise;
- une surveillance étroite des accidents et quasi-accidents; et
- des examens périodiques des résultats en matière de sécurité[118].

Dans ces entreprises, la politique de sécurité est généralement décidée au sommet de la hiérarchie.

Genn établit une distinction entre les entreprises qui mettent en oeuvre des processus pouvant entraîner des catastrophes, et les entreprises très en vue, qui tiennent à leur réputation de bon employeur. Comme il le souligne, la conformité n'est influencée «ni par le souci de survie d'une entreprise, ni par l'humanisme». Toutefois, lorsqu'une entreprise est déterminée à observer la loi et à être reconnue comme responsable, il est plus probable qu'elle se conformera aux prescriptions.

Genn conclut qu'en dépit du souhait exprimé par la Commission Robens, à savoir que les employeurs assumeraient la responsabilité de la santé et de la sécurité, les faits indiquent «que cette responsabilité n'est assumée, de façon volontaire, que dans une minorité de cas». Il a constaté que dans les grandes entreprises manipulant des procédés dangereux, les améliorations coûteuses sont exclusivement consenties si elles sont directement reliées aux principaux dangers présentés par l'industrie, ou si elles sont de nature à rehausser l'image de l'entreprise auprès de l'opinion; les améliorations peu onéreuses, en revanche, sont incorporées à un programme général visant à entretenir la réputation de «bon employeur». Quant aux entreprises de moindre taille, elles n'engagent des frais importants que si elles sont confrontées à un danger majeur; les améliorations plus modestes sont, elles, englobées dans les activités générales de sécurité. Les petites entreprises non créatrices de danger n'apporteront aucune amélioration, quel qu'en soit le coût, à moins d'y être contraintes par les inspecteurs. Enfin, Genn a constaté que rares étaient les employeurs disposés à faire respecter les procédures de sécurité, sauf «en cas de danger grave et immédiat».

Les entreprises ayant adopté des mesures internes d'inspection répugnent à libérer les représentants du personnel afin qu'ils participent aux inspections. Il s'ensuit que ces représentants craignent de mettre leur emploi en péril en adoptant des positions trop tranchées. Or, l'hésitation engendre la confusion. À titre d'exemple, les employés considèrent que c'est à la direction qu'il incombe d'exiger le port de vêtements protecteurs, alors que la direction considère qu'il appartient aux représentants du

personnel de convaincre les travailleurs, les uns et les autres se rejetant ainsi la responsabilité.[119]

7.1.4 Le rôle de l'autorité réglementante dans le cadre de l'autoréglementation britannique

En général, les entreprises animées de bonnes intentions mais mal informées sont de taille moyenne ou petite, et ne présentent pas de risques importants. L'autorité réglementante les tient au courant, reste accessible et leur fixe un calendrier d'exécution des engagements, en fonction de leurs ressources, conjuguant, pour se faire, «négociation et conseil, pédagogie ou information»[120]. Dans le cadre d'un système d'autoréglementation, les inspecteurs ne sont pas a priori légalistes; toutefois, ils le deviennent lorsqu'ils ont affaire à des employeurs mal intentionnés et mal informés. Dans ce cas, il faut «brandir la menace de la loi» et bien faire ressortir que «la règle est la même pour tous les employeurs». La stratégie adoptée face à des employeurs récalcitrants dépend du niveau de risque présenté par l'industrie. Les stratégies légalistes l'emportent lorsque le risque est élevé, tandis qu'on a recours au conseil et à l'information lorsque le risque est faible[121].

Le rôle de l'autorité réglementante, et les stratégies qu'elle emploie, dépendent également du niveau perçu de dommages ou de risques. Les inspecteurs se comportent en effet différemment selon que le danger est faible, grave ou de nature complexe, le tout étant d'ailleurs difficile à déterminer. Lorsque le danger est faible, les relations sont moins conflictuelles, lorsqu'il est grave, on brandit la menace d'injonction ou de poursuites et l'on exige une stricte conformité. On insiste davantage sur les problèmes, et moins sur les règles, et l'on s'efforce avant tout de trouver une façon moins dangereuse de poursuivre le travail.

La combinaison des facteurs évoqués plus haut, à savoir le risque tel que perçu et l'intention, ainsi que les connaissances d'une entreprise, contribue également au choix de l'agent réglementaire. Il a recours au conseil lorsque la conformité ne pose pas de problème, c'est-à-dire lorsqu'il pense pouvoir opter pour la coopération, dans une situation où le risque est faible et où une application légaliste ne s'impose pas; cette solution convient aux entreprises bien intentionnées et présentant peu de risques. On s'attache alors à donner des conseils et à élaborer un système plus sûr, privilégiant ainsi la brièveté et la simplicité, plutôt que le détail. On peut alors, pour inciter au changement, se contenter de brochures promotionnelles plutôt que de codes de pratiques ou de règlements. Ces instruments promotionnels sont utilisés lorsque le danger est «difficile à contrer par des mesures légales officielles»[122]. En outre, lorsque l'application pose problème, on insiste sur l'utilité d'informer les entreprises lorsqu'il existe une méthode plus efficace.

7.1.5 Le conseil : une stratégie possible en matière d'autoréglementation ?

Les conseils doivent être d'obtention facile, pratiques et destinés à un public bien défini. C'est pourquoi, lorsqu'il destine certains secteurs à des changements, l'inspecteur ne doit pas consacrer trop de temps à informer les entreprises récalcitrantes. En revanche, dans ses rapports avec les entreprises bien disposées, il devra éviter les règles trop compliquées et inaccessibles. Il lui faudra enquêter sur les causes des accidents, après les avoir replacés dans leur contexte. Il faut donc des inspecteurs connaissant bien l'industrie concernée et capables de bien cibler leur conseil. Dans cet esprit, les agents réglementaires s'efforceront probablement de résoudre les problèmes en modifiant la technologie plutôt que les systèmes ou les procédures opérationnelles. Ils chercheront à limiter, autant que possible, leurs exigences quant aux modifications du système de contrôle interne de l'entreprise.

Baldwin analyse les cas où la méthode du conseil peut être efficace et ceux où elle risque de ne pas convenir :[123] «Selon l'HSC, la loi impose aux employeurs, et non à la Commission, la responsabilité principale quant à la communication, aux employés, d'informations concernant la santé et la sécurité». On attend d'une petite entreprise qu'elle «procède à l'achat des documents pertinents et se procure, à ses frais, les informations sur les mesures de santé et de sécurité. ... Certains inspecteurs et certains syndicalistes soutiennent que les brochures et les notes d'orientation doivent, pour être utiles, être expliquées par un inspecteur. ... Compte tenu du déclin des grandes firmes industrielles, au profit d'entreprises plus petites dans le secteur tertiaire, on ne peut garantir que la qualité des canaux d'information, si essentielle pour l'HSC, demeurera constante. L'inspecteur en chef des usines a d'ailleurs lui-même observé qu'en raison des changements structurels, l'industrie est moins en mesure qu'auparavant d'assumer un rôle d'autoréglementation». La réglementation basée sur le consensus est d'une souplesse inutile envers les employeurs mal informés, mal organisés. Lorsque «les deux camps de l'industrie ne sont ni raisonnables, ni bien intentionnés, ni enclins à communiquer ... il est particulièrement difficile de conseiller et d'aider au moyen d'inspections, de consultations, de recours aux médias, ou à des publications».

Contrairement à la fourniture de conseils, la pédagogie vise à réorienter, à modifier les hypothèses et les priorités. Elle cherche à inciter le créateur de risque à réfléchir par lui-même. Lorsque le risque est élevé, il faut prévoir un encadrement particulier et des ressources importantes. Dans ce cas-là, il s'agit surtout de «faire comprendre plutôt que de dire quoi faire»[124]. Plus le risque est élevé, plus il est important que le créateur de risque soit capable de penser par lui-même, surtout lorsque les règles sont vagues. Le processus ou la procédure - c'est-à-dire la mtéhodologie - deviennent alors plus importants que les règles.

En matière d'évaluation, l'agent réglementaire n'a pas vraiment besoin de s'ingérer pour surveiller les activités de l'entreprise ou pour recueillir les informations de

façon indépendante. Dans de telles circonstances, les occasions de recourir à la panoplie des techniques d'application sont relativement rares, surtout par comparaison avec le système américain. Il y a toutefois exception lorsque le comportement d'une entreprise contraint à adopter une attitude légaliste et à entamer des poursuites. Toutefois, c'est le tribunal qui exerce alors son pouvoir et non pas l'organisme réglementaire.

7.1.6 Harmoniser les règles avec les circonstances

Il semble, d'après les recherches du *Oxford Centre for Socio-Legal Studies*, qu'un bon dispositif réglementaire ne garantisse pas que l'on atteindra tous les objectifs. Selon Baldwin, il faut «établir un lien entre les types de règles et les objectifs réglementaires, et incorporer à cette analyse des modèles des différentes catégories d'employeurs et de personnel».[125]

Les auteurs spécialisés insistent sur la nécessité de sélectionner, en matière réglementaire, des instruments et des mesures incitatives tenant compte de la gravité du danger. Si le danger est élevé, l'application doit être rigoureuse; cependant, c'est dans ce genre de cas que les perspectives sont les meilleures pour l'autoréglementation. En les délaissant, on ouvre la porte à la surréglementation. De plus, la présence de dangers graves nécessite une pédagogie plutôt que des conseils, mais aussi le recours à la promotion et à l'information, car il est important que les entreprises apprennent à diagnostiquer et à concevoir des mesures. Quant aux entreprises à haut risque, il faut avant tout qu'elles mettent sur pied des systèmes efficaces de contrôle interne.

Soulignons cependant que, lorsque le gouvernement se préoccupe exagérément du coût de la réglementation - c'est-à-dire du coût du changement technologique, il risque de laisser passer des occasions de modifier les systèmes de contrôle interne; or, cette mesure, bien que créatrice d'ingérence, est moins onéreuse que la technologie d'assainissement.

7.1.7 Résumé

Il est indispensable de bien comprendre que l'autoréglementation a les meilleures chances de réussir auprès des administrations chargées de la sécurité; son utilité semble moins évidente pour la réglementation de la santé au travail que pour celle de la sécurité au travail. Les perspectives d'utilisation efficace, lorsque le risque est faible, ne sont guère élevées. Cependant, lorsque l'autoréglementation est inopérante, on peut avoir recours aux conseils prodigués aux entreprises bien intentionnées et mal informées. Lorsqu'on est moins sûr de la bonne foi de l'interlocuteur, il est davantage nécessaire de réglementer en invoquant les rigueurs de la loi. Lorsque les inspecteurs

doivent porter un diagnostic, il est absolument essentiel que la conformité fasse l'objet d'une surveillance étroite; ainsi, au moindre manquement, on aura recours aux moyens légaux. Il importe également de suivre de près la mesure dans laquelle le dommage a été atténué et de garantir l'accès du public au résultat.

Genn conclut que le système d'autoréglementation britannique n'a obtenu qu'un succès limité, et ne s'applique qu'aux grandes firmes mettant en oeuvre des processus très dangereux.

L'approche américaine en matière de comités de santé et de sécurité - à savoir la création de comités conjoints direction/personnel[126] - semble beaucoup plus efficace que la méthode britannique lorsqu'il s'agit d'élaborer des propositions visant à modifier les pratiques et les techniques en vigueur, et d'obtenir leur mise en oeuvre en mobilisant le soutien de la direction comme du personnel. La tradition britannique de volontarisme en matière de relations de travail, qui conduit à mettre l'accent sur des procédures de résolution des conflits propres à l'industrie concernée[127] et à éviter les procédures judiciaires, est moins efficace que la création de structures souples capables de susciter et d'appliquer efficacement des propositions d'amélioration des règles et de réaménagement des relations de travail.

De nombreux éléments indiquent qu'en Grande-Bretagne, on n'accorde pas suffisamment d'importance à l'évaluation continue et à la surveillance des effets. La nécessité d'adapter l'instrument réglementaire en adoptant des structures souples[128] a conduit à adopter des stratégies qui affaiblissent l'efficacité réglementaire.

Il est rare que l'on s'appuie sur la surveillance de la conformité pour apprécier les résultats de l'autoréglementation. Cette initiative n'est pas assujettie au genre de vérification qui caractérise les programmes américains. Les organismes réglementants n'incitent pas vraiment les entreprises à réduire plus efficacement les dommages. En revanche, la surveillance met en relief la non-conformité, sans pour autant aider ceux qui ne se conforment pas aux prescriptions. On ne consacre que peu d'efforts à exiger la conformité ou à sanctionner la non-conformité. Ainsi, la non-conformité est souvent tolérée, ce qui affaiblit la prévention et l'atténuation du dommage.

7.2 L'autoréglementation responsable aux États-Unis

L'approche correspondant à l'autoréglementation responsable a été adoptée par plusieurs entreprises privées américaines, l'application du programme varie quelque peu, selon les entreprises, et particulièrement en fonction de leur taille, étant donné que les grandes entreprises ont davantage de ressources pour élaborer un système de contrôle interne et nécessitent des modifications plus complexes.

Dans la section suivante, nous décrivons la coopération apportée à cette démarche par un certain nombre de grandes entreprises privées et nous analysons les problèmes particuliers touchant les petites entreprises. Nous commencerons par le *California Cooperative Compliance Program (CCP)*, institué par la *California Occupational Safety and Health Administration (Cal-OSHA)* et par le programme de protection volontaire (*Star level*) du *United States Department of Labor Occupational Safety and Health Administration's (OSHA's)*, puis nous proposerons une évaluation en forme de synthèse basée sur les similitudes observées entre les deux programmes. Nous terminerons cette section par une description du programme d'exemption des consultations (OSHA) et une analyse de l'initiative constituée par le *Superfund* américain pour le nettoyage des déchets dangereux.

7.2.1 Le *California Cooperative Compliance Program*

7.2.1.1 Historique

Institué en 1979, le programme concernant la Californie a été suivi, en 1982, par le programme fédéral. Le *Cooperative Compliance Program (CCP)* avait pour objet de permettre aux entreprises ayant instauré des programmes exemplaires de sécurité des travailleurs, d'assumer elles-mêmes bon nombre des responsabilités de l'OSHA en matière réglementaire. En échange, l'OSHA établit avec ces sociétés une relation basée davantage sur la coopération, les exemptant d'inspections régulières. Le soin de surveiller le respect des règlements OSHA était confié à un comité conjoint (direction/personnel) de la sécurité, qui effectuait des inspections et enquêtait sur les plaintes. Quant à l'administration de l'État chargée de la santé et de la sécurité au travail (Cal-OSHA), elle surveillait et évaluait les programmes mis en oeuvre sur le lieu de travail.

Ce programme avait été initialement élaboré conjointement par le service des métiers de la construction de l'AFL-CIO (*American Federation of Labor/Congress of Industrial Organizations*) et de la *National Contractors Association*, afin de faire échec aux ateliers non syndiqués, pour avantager les entreprises syndicalisées. Les syndicats industriels affiliés à l'AFL-CIO, partisans d'une application musclée, s'opposèrent au programme. Quant à l'OSHA fédérale, elle commença également par dénoncer le programme, en raison de l'opposition des syndicats industriels.

Le programme d'observation volontaire commença sous la forme d'un projet de démonstration découlant d'une résolution adoptée en 1977 par le service des métiers de la construction de l'AFL-CIO. Cette résolution préconisait des programmes d'autoinspection pour les chantiers de construction, afin que les inspecteurs fédéraux comme ceux des États puissent consacrer davantage de temps à contrôler les chantiers

non syndiqués. La résolution prévoyait de commencer par un nombre limité de sites, puis d'étendre l'application du programme à l'échelle nationale.

Cependant, le 1er juillet 1987, le gouverneur de la Californie décida que l'État ne devait plus réglementer le secteur privé. Cette décision fait l'objet d'un appel devant les tribunaux et les électeurs seront appelés à se prononcer sur une initiative visant à la renverser. Dans l'attente de l'issue, la responsabilité de ce programme a été confiée au ministère fédéral de la Santé au travail, et les programmes sont évalués afin de déterminer si les entreprises répondent aux conditions fixées par le programme fédéral d'observation volontaire.

7.2.1.2 Les comités conjoints de sécurité (direction/personnel)

Les comités de sécurité direction/personnel, qui faisaient partie intégrante du CCP, se composaient de deux représentants pour chacune des parties. Ses responsabilités étaient les suivantes :

1. Se pencher sur l'évolution des dangers affectant l'industrie de la construction;

2. exercer une fonction d'inspection;

3. faciliter la communication;

4. résoudre les problèmes; et

5. présider à une application crédible.

En règle générale, les représentants du personnel, sélectionnés localement, étaient des artisans chevronnés, souvent d'anciens moniteurs de programmes d'apprentissage. Le fait d'être sur place leur permettait de réunir rapidement les données concernant les risques. Cependant, ils ne pouvaient cumuler les fonctions de membre du comité et de représentant syndical. Quant aux délégués de la direction, il s'agissait de cadres supérieurs disposant d'influence, chose nécessaire pour pouvoir peser sur l'attitude des superviseurs. Tous les mois, le comité entreprenait des inspections selon le modèle OSHA et instruisait les dossiers des violations. Grâce à l'expérience des membres du comité et du partage des responsabilités en matière de surveillance, les sources d'information étaient nombreuses et bien connues. En outre, les représentants de la direction disposaient d'un pouvoir leur permettant d'engager sans tarder l'entreprise dans des mesures correctrices.

Les représentants du personnel, quant à eux, parlaient le même langage que les travailleurs. Pour conserver sa légitimité aux yeux de ces derniers, le comité devait

intervenir rapidement et avec efficacité, car les travailleurs n'acceptaient de surveiller la conformité de l'entreprise que s'ils étaient convaincus que cela déboucherait sur des mesures concrètes. Si l'entreprise réagissait rapidement aux informations fournies, les employés seraient encouragés à participer davantage à la surveillance. Les règles édictées par l'OSHA contribuèrent à réduire les tensions entre la direction et les employés; de plus les agents réglementaires, de par leur indépendance, représentaient un élément de médiation important en cas de désaccord entre le personnel et la direction sur la réalité d'un problème ou sur les solutions à y apporter.

7.2.1.3 L'obtention de la conformité : les agents chargés de la coopération et de la conformité

La diligence raisonnable fut définie par l'imposition de l'obligation générale d'offrir un milieu de travail sûr et salubre; des normes de consensus furent également élaborées. La loi prévoyait des amendes pouvant atteindre 10.000 dollars pour chaque récidive d'une violation délibérée, et jusqu'à six mois d'emprisonnement pour chaque violation. Les pénalités maximales étaient doublées à la deuxième condamnation. Les pénalités pour non-conformité étaient imposées par voie administrative, et les appels étaient adressés à une commission spécialisée.

Lorsqu'il y avait violation, Cal-OSHA ne privilégiait pas les mesures correctrices. Les primes d'indemnisation des travailleurs bénéficiaient aux personnes atteintes de lésions, mais n'encourageaient pas la prévention ou l'atténuation des processus et des techniques nuisibles à la santé. Cependant, les EMR (*Experience Modification Rates*), qui permettaient des taux de cotisation variables en fonction du type d'industrie et des antécédents de l'entreprise, encouragèrent les investissements au titre de la prévention grâce aux économies réalisées.

Mais, il n'y eut négociation d'aucun engagement ni d'aucune atténuation au titre de l'indemnisation des accidents du travail en tant que telle. La prévention fut, en fait, encouragée par la crainte initiale des dépenses d'ordre réglementaire et, plus tard, par l'épargne réalisée grâce aux EMR. Les spécialistes de la sécurité pouvaient faire valoir les avantages d'une bonne gestion dans ce domaine, à savoir diagnostiquer les carences du système de contrôle interne des entreprises et proposer des changements permettant de fonctionner avec un minimum d'erreurs[129]. Ainsi, le spécialiste en sécurité devenait «un membre à plein temps de l'équipe de direction, et non un travailleur social opérant dans un vide organisationnel»[130]. Les professionnels de la sécurité passèrent donc du statut «d'intrus» à celui de «membre essentiel de l'équipe chargée du projet»[131].

L'entreprise élaborait et affinait les programmes de formation; les professionnels de la sécurité se déplaçaient sur les lieux de travail afin d'encadrer les surveillants, et

élaboraient ou révisaient les manuels de formation basés sur les normes OSHA. L'entreprise indiquait clairement, dès le début, que le personnel devait se plier aux obligations et aux exigences légales, et que tout manquement entraînerait, dans un premier temps, une observation verbale suivie, en cas de récidive, d'avertissement écrit et de l'ouverture d'un dossier sur les activités contrevenantes, et enfin du renvoi. Au début du programme, le personnel recevait la consigne de traiter les inspecteurs avec respect et d'éviter que la relation devienne conflictuelle.

Le CCP prévoyait qu'un agent chargé de la conformité (*DCO Designated Compliance Officer*) serait chargé de surveiller les lieux de travail et de définir les activités du comité de sécurité. Les DCO renforçaient ainsi l'autorité des ingénieurs de sécurité, notamment vis-à-vis des sous-traitants et des responsables de la gestion stratégique. La responsabilité de la surveillance de la conformité à l'égard des normes OSHA demeurait entre les mains du service de la sécurité. Pour s'acquitter de cette tâche, les ingénieurs de sécurité devaient aider les superviseurs à diagnostiquer les problèmes de sécurité et à élaborer des «solutions». Les agents de l'OSHA chargés de la conformité n'étaient pas formés au diagnostic; cependant, les DCO engagés dans le cadre du CCP furent sélectionnés en fonction de leur expérience dans l'industrie de la construction, de leur affabilité, de leur sang-froid et de leur esprit de décision; en outre, ils étaient aptes au diagnostic. Ainsi, l'agent réglementaire prenait en charge la solution des problèmes, y trouvait une légitimité et renforçait l'influence du comité conjoint de sécurité direction/personnel.

Les DCO inspectaient les entreprises afin de déceler les faiblesses des programmes internes nécessitant une amélioration. La surveillance avait pour objet de promouvoir l'amélioration plutôt que d'identifier les violations. Dans son rôle de vérificateur, le DCO devenait un conseiller précieux de l'ingénieur chargé de la sécurité et du comité conjoint de sécurité, les aidant à mieux s'acquitter de leur mission. Le DCO renforçait l'action de l'ingénieur chargé de la sécurité; les menaces de fermeture aidaient l'ingénieur à plaider avec davantage de poids auprès de la direction pour l'application rapide des mesures recommandées.

La responsabilité principale en matière de surveillance de la conformité aux normes OSHA reposait cependant sur le comité conjoint direction/personnel. Une surveillance supplémentaire fut entreprise par les employés, dans le cadre du programme de surveillance de la sécurité, de la ronde hebdomadaire[132] effectuée conjointement par le respondable de la sécurité du projet et par le superviseur du projet, et par le DCO de Cal-OSHA. Le programme de surveillance de la sécurité, élaboré par les DCO afin de renforcer la participation des travailleurs aux activités de sécurité (les ingénieurs de sécurité, de leur côté, cherchent à renforcer la participation de la direction), formait les employés afin d'augmenter le nombre de personnes capables de détecter les dangers. Il y avait roulement hebdomadaire de la fonction de

surveillance, laquelle comprenait des réunions d'atelier, des rencontres avec les responsables et une disponibilité permettant de remédier aux problèmes quotidiens[133].

7.2.1.4 L'application et la modification du comportement

Selon les données concernant l'une des sociétés étudiées, les pénalités imposées par l'administration en vertu du CCP étaient, en moyenne, très faibles. Entre juillet 1971 et décembre 1983, le chantier de construction fut l'objet de 852 inspections, conduisant à 1 266 violations citées, dont 180 étaient graves et 1 086 mineures. Le total des pénalités imposées - avant appel - était de 100,613 dollars américains. Cependant, le montant effectivement acquitté n'était que de 49,713 dollars américains, soit un taux de perception de 49,41 pour cent. Ainsi, la pénalité moyenne par inspection était de 57,67 dollars américains, et la moyenne par pénalité imposée était de 38,80 dollars américains. Aucune note de récidive ou de violation délibérée ne fut adressée dans le cadre de ce projet, et aucune mesure d'emprisonnement ne fut prononcée[134].

Les différents aspects des mesures incitatives accompagnant le processus d'application du CCP méritent d'être soulignés. La conformité était, pour les entreprises privées, un investissement, puisqu'elle permettait d'économiser sur les dépenses de main-d'oeuvre et d'éviter les pénalités. La participation au CCP était un privilège réservé aux entreprises présentant un dossier impeccable en matière d'atténuation. La participation permettait de passer à l'autoréglementation responsable, de bénéficier de la supervision d'un DCO, c'est-à-dire d'une assistance sous forme de conseils, d'aide à la solution de problèmes, de formation/pédagogie et d'informations techniques, la surveillance de la conformité n'étant pas la fonction principale du DCO. Il s'agissait d'élaborer un système interne de gestion de la sécurité toujours plus efficace, afin de permettre à l'organisme encadré de réduire ses coûts relativement à ses concurrents. Quant au système de taux variable en fonction de l'expérience (ECR) utilisé pour l'indemnisation des accidents du travail, il connut un certain essor du fait que l'indemnisation ordonnée par les tribunaux était incertaine et souvent insuffisante.

La loi sur l'OSHA prévoyait l'application de l'EMR aux compagnies les plus importantes de l'État, soit 20 pour cent du total. Cette mesure incitative devint une ressource que les services de sécurité employaient pour renforcer l'engagement de l'entreprise en matière de sécurité. Les dispositions en matière d'indemnisation du travail se révélèrent plus efficaces, comme instrument d'application, que les pénalités de l'OSHA (cependant, ces pénalités permirent de justifier l'acquisition d'un savoir-faire en matière de sécurité et l'engagement initial des entreprises en matière d'observation volontaire). Grâce aux ajustements annuels de l'EMR, les entreprises ayant un bon dossier de sécurité étaient récompensées et les «mauvais élèves» étaient punis. Ainsi, l'indemnisation des accidents du travail ne répartissait plus le risque de façon indistincte,

mais «agissait comme un organisme de paiements des factures, en acquittant celles de l'employeur et en en percevant le coût, plus une marge bénéficiaire»[135].

L'une des sociétés étudiées avait une cote EMR de 42 pour cent, ce qui lui permet d'économiser 2,95 pour cent de son budget de main-d'oeuvre. Le recours à l'EMR pour déterminer les taux d'indemnisation des travailleurs des plus grandes entreprises leur permirent d'obtenir, en matière d'assurance, des tarifs nettement inférieurs à la moyenne de l'industrie. Cette économie de 2,95 pour cent devait, en fait, représenter un privilège très substantiel, permettant aux entreprises jouissant d'un bon dossier de considérer comme des investissements les dépenses qu'elles engageaient au titre de la sécurité.

Les ingénieurs de sécurité cherchant à mettre à profit le régime d'indemnisation des travailleurs mettaient en relief les coûts qu'entraînerait l'absence de mesures de sécurité. C'est ainsi que les ingénieurs dont les entreprises relevaient du CCP préconisèrent une forme d'auto-assurance. Pour ce faire, ils élaborèrent un système de comptabilité du coût des accidents mettant en lumière le coût indirect de mesures inadéquates de sécurité, afin de changer l'optique selon laquelle la sécurité constitue une entrave au profil. Cette notion d'auto-assurance leur permit de calculer avec précision les coûts imposés à chaque projet par l'absence de mesures de sécurité. «Le fait de pouvoir mesurer et signaler les coûts d'indemnisation des accidents du travail ... démontrait à la direction que la sécurité n'a pas seulement une vocation humanitaire, mais qu'elle constitue un facteur économique décisif»[136].

Cependant, avec le temps, les relations devinrent de plus en plus tendues et les employés des entreprises encadrées reçurent la consigne de limiter les informations communiquées aux inspecteurs et l'on vit croître le nombre des contestations opposées aux citations rédigées par les inspecteurs de l'OSHA. Au début, les entreprises optèrent pour des réunions informelles afin de convaincre les inspecteurs que les avis de violation étaient injustifiés. Cependant, les exigences excessives et la rigidité qu'on leur opposa devaient exaspérer les sociétés, qui cessèrent de recourir aux réunions informelles, sauf lorsque cela leur permettait de déceler les faiblesses dans le dossier de l'adversaire, dans la perspective d'un litige[137]. Se sentant «injustement brimées», les entreprises cessèrent de collaborer à la solution de problèmes et adoptèrent une attitude conflictuelle.

La réaction de la direction des entreprises, et son incidence sur le fonctionnement du programme, illustrent l'importance d'une gestion réglementaire des interdépendances et du respect de l'équité - et illustre combien il est important de bien montrer aux intéressés que l'équité est respectée.

7.2.1.5 L'efficacité du programme coopératif de conformité

Dans sa thèse (1986) Joseph Rees' s'efforce d'évaluer l'efficacité du CCP. Il commence par analyser les données provenant de sept entreprises de contruction - l'une d'entre elles avait seulement rejoint le programme alors que 40 pour cent d'un projet avait été accompli. Il effectua une comparaison entre les résultats, en matière de sécurité, pour les premiers 40 pour cent du projet (19,5 millions de personnes/heure) et pour les 60 pour cent restants (29 millions de personnes/heure). Le taux d'accident, pour la première phase, était de 7,2 journées de travail perdues pour 100 travailleurs; une fois la société entrée dans le CCP, le taux d'accidents n'était plus que de 4,3 jours, soit une réduction de 40 pour cent. Dans l'ensemble, les taux d'accidents enregistrés pour les projets couverts par le CCP étaient sensiblement inférieurs à ceux des chantiers analogues non affiliés.

La thèse de Rees suggère que, pour plusieurs raisons, l'autoréglementation responsable est préférable à l'autoréglementation, pour les sociétés disposant de systèmes efficaces de gestion de la sécurité. L'autorité réglementante doit continuer à jouer un rôle de soutien, en aidant l'entreprise dans la solution des problèmes et en encourageant une plus large participation dans ce but. Cependant, les ingénieurs de l'entreprise chargés de la sécurité cherchent à privilégier la participation de la haute direction, ignorant délibérément les avantages d'une participation des syndicats et des travailleurs. Les DCO, qui disposent d'une autorité légale pouvant être utilement employée pour renforcer l'influence des membres du personnel chargés de la conformité, sont bien placés pour jouer les médiateurs entre les employés et la direction.

Rees précise, sans ambiguïté, que le but de la réglementation est de promouvoir la gestion de l'atténuation, plutôt que de faire appliquer les normes. Or, l'autoréglementation responsable correspond à cette orientation. La gestion de l'atténuation nécessite un plan structuré vis-à-vis duquel on aura obtenu l'engagement de la haute direction; ce plan doit, par ailleurs, être constamment révisé et amélioré. Cependant, pour être efficace, il doit paraître crédible aux yeux des employés tout autant que des cadres. En outre, pour aboutir à des résultats concrets, la gestion de l'atténuation nécessite des travaux faisant appel à l'ingéniérie, à la planification, à la conception, à l'affectation de tâches et à la supervision (ib. 238).

Rees souligne également qu'il importe de réorienter l'indemnisation des accidents du travail afin de mettre l'accent non plus sur la compensation après coût, mais sur la prévention et la réhabilitation, c'est-à-dire sur l'atténuation. Même si, en mettant l'accent sur l'atténuation dans le cadre du CCP, on avait abouti à une augmentation notable des tarifs, cette augmentation avait par ailleurs créé l'incitation nécessaire aux investissements destinés à l'atténuation. Ces investissements permirent à leur tour

l'adoption d'une méthode aussi légère que possible en matière de réglementation, tout en renforçant considérablement la portée de l'atténuation.

Rees attire également l'attention sur plusieurs éléments caractéristiques des programmes basés sur la coréglementation :

1. La mission de surveillance et d'application confiée à un comité conjoint direction/personnel n'aboutira que si ce comité est considéré comme efficace et décidé à agir rapidement. Il faut, notamment, veiller à ce que les travailleurs acquièrent la conviction que des mesures concrètes seront prises.

2. Il faut que le rang des représentants de la direction soit suffisamment élevé, afin que les recommandations du comité soient suivies d'effets, c'est-à-dire que des mesures soient rapidement autorisées et que les ressources nécessaires soient allouées. La participation de la haute direction dépend en grande partie de l'aptitude des personnes chargées, au sein de l'entreprise, de promouvoir l'atténuation et de faire percevoir cette dernière comme un investissement, et non comme une dépense.

3. Pour agir efficacement, il faut que les représentants des travailleurs aient le savoir-faire concret manquant aux ingénieurs de sécurité, mais ils doivent également savoir se faire accepter par les autres corps de métier.

4. Il faut veiller à bien séparer les problèmes relatifs à l'atténuation de ceux liés aux relations direction/personnel. C'est ainsi qu'il faut interdire aux représentants syndicaux de siéger au comité conjoint, afin que les problèmes de sécurité bénéficient d'une priorité plus élevée que d'autres sources de conflit entre le personnel et la direction.

La coréglementation s'appuie sur les travailleurs comme agent d'une surveillance complémentaire, en les encourageant à signaler les violations aux responsables internes de la surveillance plutôt qu'aux inspecteurs de l'organisme réglementant. Le programme CCP avait trouvé son origine dans le fait que les entreprises syndiquées étaient plus souvent inspectées que leurs consoeurs non syndiquées, en raison du fait que les travailleurs syndiqués s'adressaient davantage aux inspecteurs, lesquels devaient donner suite aux plaintes présentées. Ainsi, les coûts réglementaires étaient plus élevés pour les entreprises syndiquées que pour les firmes non syndiquées.

7.2.2 Le programme de protection volontaire de l'OSHA

7.2.2.1 La nature du programme

Ce programme, qui prenait la suite - au niveau fédéral - du *California Compliance Program*, est gros consommateur de ressources. Bien que l'on ait prévu un ambitieux programme d'extension, ce dernier ne fut jamais appliqué. À l'échelle nationale, 51 sites participent au programme *Star* - dont 24 usines de *Mobil Chemical* - et sept au programme *Merit* (l'équivalent du programme *California Reach*, anciennement dénommé *Try*). Le programme *Try*, destiné aux entreprises à faible risque, fut interrompu en décembre 1987, en raison du manque d'intérêt (une seule compagnie y avait participé). En outre, la récession économique devait réduire considérablement le nombre de firmes participant au niveau *Star*, après qu'elles eurent renoncé à maintenir la qualité exigée par le programme.

Selon Peggy Richardson, chef de la direction Consultation de l'OSHA fédérale, le programme d'observation volontaire n'a jamais posé de problèmes juridiques : «grâce à ce programme, nous avons énormément appris sur la façon de réglementer. Pour réglementer efficacement, il faut que les entreprises gèrent mieux».

Il faut toutefois préciser que les profonds changements obtenus dans le comportement des entreprises ne tiennent pas aux qualités intrinsèques de ces dernières. Son principal avantage tient au fait que des services ou des modèles de consultation sont à présent offerts aux entreprises qui présentent de bons antécédents en matière de santé et de sécurité. En outre, les entreprises participantes sont tout à fait disposées à propager la bonne parole. Il s'ensuit que l'OSHA est beaucoup mieux placée pour élaborer des normes et dispenser des conseils.

Tous ces éléments ont fait que l'on a beaucoup appris en matière de gestion de la santé et de la sécurité dans l'industrie de la construction - celle qui posait le plus de problèmes. Bien entendu, les conditions y varient d'une région du pays à l'autre; ainsi, les relations au niveau des entrepreneurs et de la sous-traitance sont affectées par la disponibilité de main-d'oeuvre et par le nombre d'entrepreneurs. On peut envisager une réglementation efficace à Denver, mais pas à New York ou à Philadelphie, où le marché du travail est trop tendu. Des programmes de santé sont nécessaires sur chaque chantier, et les accidents concernant l'ensemble des sous-traitants doivent être consignés sur le même registre, le propriétaire ou l'entrepreneur devant veiller à ce que tous les sous-traitants mettent sur pied des programmes équivalents de santé et de sécurité. Malheureusement, les normes correspondantes au niveau *Star* sont devenues si exigeantes que les entreprises de construction ne sont plus disposées à participer. C'est ainsi que les deux firmes californiennes qui s'étaient dotées d'excellents programmes de sécurité ne répondaient pas à ces normes.

Retenons également que, selon Peggy Richardson, le programme initial de la Californie réservait une place exagérée aux comités personnel/direction, ces derniers ne pouvant tout simplement pas supporter l'entière responsabilité. C'est pourquoi le programme de protection volontaire avait dû renforcer les exigences à l'égard de la direction[138] - ce qui restreint le nombre de chantiers répondant à nos critères.

7.2.2.2 L'application concrète du programme : l'expérience de *Mobil Chemical*

Les commentaires fournis par *Mobil Chemical*, la compagnie la plus directement engagée dans le programme de protection volontaire, jettent un éclairage concret sur cette initiative. Toutes les usines Mobil situées aux États-Unis ont atteint le niveau «Star», correspondant au meilleur niveau d'efficacité. Voilà sept ans que la direction de Mobil a décidé de participer au programme. L'un de ses dirigeants a déclaré à l'auteur : «Mon patron m'a dit que l'industrie se plaignait, depuis des années, parce qu'elle prétendait savoir monter d'excellents programmes de sécurité. Nous avons à présent la possibilité de le prouver et il ne faut pas laisser passer cette chance».

Au cours d'entrevues téléphoniques menées dans le cadre de la présente étude, nous avons reçu les commentaires suivants à propos du programme :

- Il a suscité un examen plus approfondi des règles de sécurité.
- Chaque mesure adoptée par l'entreprise est portée à la connaissance du public.
- Le programme nécessite beaucoup de travail administratif. On pourrait réduire la paperasse, «mais il faudrait alors que tout le monde soit honnête».
- Le processus de qualification suscite beaucoup d'ingérence. Pour qu'une demande aboutisse, il faut environ un an. Un mois après la demande, une équipe de trois personnes vient passer trois jours sur le site, afin de l'évaluer : cette équipe se compose d'un hygiéniste, d'un spécialiste de la sécurité et d'un coordonnateur. Il faut ensuite que son rapport écrit soit approuvé par l'administration de l'État ou de la région, puis par l'OSHA.
- Il y a réévaluation tous les trois ans (même si l'OSHA ne prévoit pas de renouvellement de la demande, Mobil exige que chaque usine le fasse).
- La participation entraîne un abaissement des primes d'assurance et d'indemnisation des accidents du travail.

- L'OSHA ne suit pas les entreprises qui ont un bon dossier de sécurité, mais simplement celles qui relèvent du programme; cela pourrait encourager les retraits.

- La non-syndicalisation n'est pas un problème; lorsque la direction prend la chose au sérieux, et que la compagnie a la sécurité comme objectif, on obtient de bons résultats.

- Il faut des programmes de sécurité adaptés à chaque usine.

- Il importe que les comités de sécurité personnel/direction soient très structurés. Certains prévoient un roulement des membres, d'autres conservent les leurs pendant longtemps. Il est parfois difficile de maintenir l'intérêt.

- La certification/accréditation peut intéresser beaucoup de gens, à condition que la direction sache mettre l'événement en relief.

- Les participants peuvent progresser en tirant les leçons de leur participation.

Mike Getto, employé de Cam-OSHA ayant participé au CCP, nous a déclaré que 11 entreprises ont été admises au niveau «Star» par le programme de protection volontaire californien. Il nous a fait le commentaire suivant :

> «Pour que le programme fonctionne, il faut une consultation intense entre la direction et le personnel. S'ils sont bien consultés, les syndicats soutiendront énergiquement le programme. C'est un peu comme l'initiative de surveillance des quartiers, prise par la police. On manquera toujours d'inspecteurs, c'est pourquoi il faut former les gens du secteur privé afin qu'ils aident à la surveillance. Le gros atout du programme, c'est qu'il sensibilise les employés à la sécurité. Cette initiative vient à point nommé, compte tenu des ressources limitées dont dispose actuellement le gouvernement».

7.2.3 L'utilisation efficace de l'autoréglementation responsable

En résumé, le programme coopératif de conformité de la Californie et le programme fédéral de protection volontaire permettent de tirer les enseignements suivants sur l'utilisation efficace de l'autoréglementation responsable :

1. L'autoréglementation responsable peut être un instrument extrêmement efficace d'atténuation du dommage dans l'industrie de la construction, qui engage une main-d'oeuvre temporaire, s'appuie en grande partie sur des sous-traitants qui

n'aiment pas qu'on leur dise quoi faire, et où la nature du travail change constamment.

2. L'autoréglementation responsable nécessite que les gestionnaires soient acquis à l'idée que la gestion de l'atténuation est un investissement susceptible de réduire les coûts de l'entreprise. L'autoréglementation responsable est un privilège qu'il faut mériter par des antécédents satisfaisants; tout le monde n'y a pas accès: rares sont ceux qui, non seulement y ont droit, mais optent également pour l'autoréglementation responsable.

3. Un agent réglementaire ne peut vraiment apporter de soutien que lorsque la principale responsabilité en matière de surveillance et d'application s'exerce efficacement, et lorsque la gestion de l'atténuation est déjà institutionnalisée. Si l'on veut tirer le meilleur parti de l'inspection-diagnostic et de la souplesse qu'elle permet, il faut que l'entreprise réglementée ait la volonté et les moyens d'atténuer les dommages.

4. On peut temporairement justifier les investissements au titre de l'atténuation par la menace de coûts importants découlant de la non-conformité. Toutefois, si la menace ne se concrétise pas et si les coûts effectifs restent faibles, il faudra, pour soutenir l'investissement au titre de l'atténuation, prévoir des mesures incitatives adéquates : par exemple, le retrait de privilèges importants, la perte de prestige ou, dans l'autre sens, la suppression de coûts substantiels. Quant aux menaces non suivies de sanction, leur influence sur les investissements sera de très courte durée.

5. L'incidence réglementaire des modifications de taux en fonction de l'expérience n'atteindra son plein effet que s'il existe, au sein d'une entreprise, des conseillers ayant la confiance de la direction, qui, armés de leur savoir-faire et de l'accès aux informations, militeront avec persuasion, pour démontrer que l'atténuation peut engendrer des économies.

6. Le contrôle extérieur peut renforcer la responsabilité. Pour qu'il y ait responsabilisation, il faut que des éléments appartenant à l'entreprise sachent présenter les arguments qui tiennent compte des priorités et des exigences des personnes dont on s'efforce de modifier l'attitude.

7. C'est seulement s'il est convaincu que des mesures concrètes seront prises, que le personnel acceptera de dénoncer les violations; c'est pourquoi l'absence de mesures risque de compromettre les canaux d'informations.

8. Comme nous l'avons vu dans le chapitre précédent, pour être efficace, la réglementation nécessite un savoir-faire permettant de donner des conseils individualisés, afin :

(a) de s'adapter aux problèmes de fonctionnement d'une entreprise donnée, pour obtenir le soutien des personnes engagées, ce qui facilite la mise en oeuvre; et

(b) de démontrer que les dépenses sont, en fait, des investissements produisant un rendement substantiel.

Il faut en outre pouvoir compter, au sein de l'entreprise, sur des personnes disposant d'influence, afin que la direction donne une suite concrète aux conseils des experts et que les responsables de l'application apportent leur soutien. Il est bon, également, de pouvoir compter sur des personnes influentes à l'extérieur de l'entreprise.

7.2.4 Le *Consultation Exemption Program (CEP)*

7.2.4.1 Historique

Les programmes décrits plus haut étaient réservés aux très grandes entreprises ou aux projets de grande envergure, et il n'est pas dit que la même approche puisse être appliquée par et pour les petites entreprises. Le *Consultation Exemption Program*, élaboré par l'OSHA aux États-Unis, porte souvent l'appellation de programme d'observation volontaire du petit employeur. Son but est d'exempter les entreprises répondant à certains critères, des inspections générales menées par l'OSHA et ce pour une période n'excédant pas un an. Les entreprises de moins de dix employés sont automatiquement exemptées d'inspection générale, et cette initiative ne s'applique pas à elles.

Le CEP a été lancé en 1984. Le gouvernement fédéral, après avoir passé des accords de coopération avec des États dans ce sens, supporte 90 pour cent des coûts de consultation sur place. Le programme vise à permettre aux entreprises qui ne peuvent s'offrir des professionnels «maison» de la sécurité, de se doter d'une capacité de diagnostic et de conception afin de pouvoir élaborer et appliquer un programme correspondant à leurs besoins. Certains États limitent le nombre d'années de participation au programme, mais pas tous. Jusqu'ici, le gouvernement fédéral n'a pas assujetti l'octroi de financement à un nombre limite d'années de participation.

En 1988, 477 entreprises à haut risque et de petite dimension participaient au programme. Précisons que les critères d'admissibilité excluaient les entreprises

n'opérant pas sur un lieu fixe, c'est-à-dire principalement la construction et l'exploitation de gisements pétroliers.

Les entreprises participantes couvrent toute une gamme de secteurs. Dans certains États, comme le Colorado et la Georgie, le programme est administré par des universités, plutôt que par les ministères locaux de la santé et de la sécurité au travail. C'est le cas pour l'univeristé du Colorado et pour *Georgia Tech*. La première est considérée comme le meilleur programme du pays, en raison de la qualité des consultants désignés pour aider les entreprises.

7.2.4.2 Le contenu du programme

Le *Consultation Exemption Program* commence par une consultation sur place, qui doit être sollicitée par l'entreprise. On procède alors à une inspection exhaustive, visant à identifier tous les dangers, réels ou virtuels, pour la santé et la sécurité. Lors de la deuxième étape - toujours sur demande de l'entreprise - les experts-conseils élaborent un programme de santé et de sécurité individualisé et, si nécessaire, mettent au point des programmes de formation appropriés. Si l'entreprise s'engage à rectifier tous les dangers et problèmes décelés et à mettre sur pied un programme de santé et de sécurité dans les douze mois qui suivent la dernière consultation, et si ce programme est vraiment appliqué, l'entreprise est alors exemptée des inspections générales menées par l'OSHA, pour une période n'excédant pas un an.

Les renouvellements sont annuels. Si l'entreprise dépasse la moyenne du secteur pour ce qui est des incidents entraînant des pertes de travail, le fossé entre cette dernière et la moyenne doit être réduit d'au moins un tiers pour que l'entreprise puisse être réadmise. Pour pouvoir participer une troisième année, il faut que l'entreprise ait réduit l'écart d'au moins deux tiers, et l'ait éliminé à la fin de cette période. Les participants se voient décerner un certificat analogue à celui délivré dans le cadre du programme «Star» du plan de protection volontaire. Tout au long du processus, on insiste principalement sur la mise sur pied de systèmes efficaces de gestion de la santé et de la sécurité.

7.2.4.3 Évaluation du programme

La motivation principale des sociétés qui participent au programme est la réduction des incidents entraînant la perte de journées de travail. Il ne s'agit pas, pour elles, d'améliorer leur réputation car, en raison de leur taille modeste, elles tiennent moins à leur image que leurs consoeurs qui ont acquis une envergure régionale. Les entreprises qui s'engagent dans le programme sont déjà très motivées,mais n'ont pas les connaissances et l'expérience nécessaires à la mise sur pied d'un programme

d'observation volontaire. L'exemption ne constitue pas en elle-même un facteur motivant décisif.

Les principales difficultés du gouvernement fédéral tenaient à l'organisation d'une surveillance efficace des programmes de l'État. En effet, ce sont les États qui décident, dans un premier temps, si une compagnie est admissible au programme. L'OSHA fédérale ne reçoit qu'une simple lettre d'intention de l'employeur, et ne se penche sur le dossier que plus tard. De plus, on constate un manque déplorable d'uniformité dans les critères d'admissibilité appliqués d'un État à l'autre.

«Le programme nous a aidés à mieux comprendre les obstacles à la conformité auxquels se heurtent les entreprises, remarque M. Greg Baxter, de l'OSHA. Il nous aide à comprendre quel genre de normes peuvent être satisfaites et à quelles difficultés risquent de se heurter les entreprises (très motivées) qui essaient de les respecter». En d'autres termes, le programme aide l'OSHA à réaménager les normes afin de donner aux entreprises très motivées de bonnes chances d'y satisfaire.

Le CEP prend acte du fait qu'il ne manque, aux petites entreprises bien intentionnées, que la connaissance et la compétence pour pouvoir se conformer aux normes. Leur infliger des sanctions serait une manière brutale d'obtenir la conformité. Pour ce faire, le gouvernement doit au contraire dispenser des conseils particulièrement avisés et financer le coût des consultations. Il y est d'ailleurs disposé, tant que l'entreprise s'engage à mettre en oeuvre ses conseils.

Grâce au travail accompli en liaison étroite avec les petites entreprises, le gouvernement est à même de mieux comprendre les obstacles à la conformité et les méthodes permettant de les éliminer. Ainsi, les normes peuvent être modifiées, afin de les rendre plus accessibles et de créer un contexte permettant aux entreprises très motivées de se conformer; ainsi, on est en mesure de démontrer que les cas de non-conformité sont attribuables à une motivation déficiente.

7.2.5 Résumé des trois programmes

L'examen des trois programmes américains illustre à quel point le nombre de sociétés désireuses d'améliorer l'efficacité de leur programme de sécurité est resteint. Ces sociétés souhaitent rarement bénéficier de mesures individualisées, en dépit du fait que cela leur garantirait une définition de la diligence raisonnable, et des méthodes permettant d'y parvenir, adaptées à leur besoin. À l'évidence, bon nombre de firmes sont réticentes à élaborer une approche réaliste ayant pour but la conformité.

Ce manque d'intérêt donne à penser que la plupart des entreprises ne sont pas des «fruits sains» et que, comme l'a dit Scholtz (984), l'autoréglementation responsable

assigne à l'agent réglementaire un rôle très analogue à celui du consultant en matière de l'expert-évaluateur en assurance - c'est-à-dire aider les plus motivés à découvrir les causes des infractions et leur communiquer les informations concernant les remèdes connus. Dans ces circonstances, soutient Scholtz, les agents réglementaires doivent retirer les privilèges dès que la vérification donne à penser qu'il y a fraude. Pour cela, il faut que ces vérifications soient relativement fréquentes et beaucoup plus exhaustives que pour la plupart des inspections, puisque l'objectif consiste à identifier non pas la simple existence d'infractions mais leur cause, afin de trouver les moyens permettant de mieux combattre les dommages. La plupart des créateurs de risque cherchent à en faire le moins possible, pendant la période la plus courte possible, et au moindre coût. Si l'on admet cela, on est mieux placé pour comprendre pourquoi presque tous les programmes censés, selon les économistes, promouvoir l'innovation, ne parviennent pas à leurs fins : il est rare, en effet, qu'il existe une volonté d'amélioration. Ceux qui souhaitent faire mieux que les normes minimales sont les exceptions.

On n'encouragera pas l'innovation en accordant des exceptions et en assouplissant les normes. Il faut, au contraire, encourager les quelques entreprises très motivées à expérimenter de nouvelles méthodes. Il importe cependant de garder à l'esprit qu'une forte motivation est rarement destinée à durer. C'est pourquoi les vérifications doivent être minutieuses, afin que les privilèges accordés à cette élite soient retirés dès que la motivation fléchit. Le laxisme, dans ce domaine, risque d'encourager les abus.

L'OSHA traite le programme de protection volontaire et les programmes d'exemption des consultations comme des initiatives de démonstration, servant principalement à déterminer ce que l'on peut attendre des opérateurs très motivés. Les programmes contribuent puissamment à réfuter l'argument des non-interventionnistes selon lesquels le respect des normes se heurte à des facteurs économiques ou techniques. Il s'ensuit que ces démonstrations représentent un élément important de la panoplie réglementaire.

Il ne faut toutefois pas s'attendre à ce que toutes les entreprises, voire leur majorité, emboîtent le pas à l'élite. On ne saurait appliquer les observations tirées d'un petit nombre d'entreprises très motivées à un nombre infiniment plus important d'opérateurs sans motivation, car on créerait ainsi des espérances vouées à être déçues.

Comme nous l'avons clairement montré dans nos analyses, les programmes d'autoréglementation responsable confèrent une triple responsabilité aux agents réglementaires : la première consiste à adopter des normes de résultat qui éviteront de froisser les parties impliquées, en limitant le risque de sous-réglementation et de surréglementation; la deuxième consiste à adopter un système de vérification destiné à garantir une étroite correspondance entre les textes de loi et leur application dans les faits; la troisième consiste à utiliser des systèmes de vérification afin de promouvoir des

mesures prospectives et rétrospectives toujours plus efficaces en vue de la réduction des dommages.

7.2.6 Une approche différente en matière de responsabilité : le nettoyage des déchets dangereux aux États-Unis

7.2.6.1 La loi sur le *Superfund*

La prise de décision en commun est également exigée des nombreuses parties impliquées dans le nettoyage des sites où ont été déposés des déchets toxiques. L'un des buts principaux de la loi américaine dite du Superfund consistait à attribuer une responsabilité individuelle et solidaire pour remédier aux torts causés et à autoriser l'organisme réglementant à exiger des mesures correctrices plutôt que de s'appuyer sur les résultats incertains des procédures contentieuses[139]. Cependant, lorsque l'autorité réglementante et les créateurs de risque inacceptables collaborent étroitement en vue de conclure des accords de réglement, leur légitimité aux yeux des entités exposées risque d'en souffrir avec, comme corollaire, un renforcement des actions judiciaires.

La loi du Superfund prévoit le nettoyage complet des déchets dangereux. Les sites les plus exposés reçoivent la plus haute priorité et sont inscrits sur la liste des priorités nationales. Le nettoyage est supervisé par l'EPA (*Environmental Protection Agency*), qui effectue des évaluations préliminaires des sites découverts ainsi que des inspections; elle est chargée également de décider quels sites doivent être portés sur la liste des priorités nationales et s'occupe de rechercher les parties responsables; celles-ci reçoivent un avis leur donnant la possibilité - dans des délais extrêmement brefs - de prendre des mesures correctrices.

7.2.6.2 Sous-traiter la compétence

Plutôt que d'adopter l'approche réglementaire appliquée aux gisements australiens de haute mer, l'EPA, tout en conservant sa responsabilité en matière de vérification, confie à l'extérieur les responsabilités concernant la pédagogie, le diagnostic et la conception. La première tâche importante consiste à organiser rapidement les parties. L'EPA n'assume pas directement cette responsabilité, si bien que des tiers tels que *Clean Sites Inc. (CSI)* ou l'*American Arbitration Association* peuvent participer aux étapes conduisant à un accord de règlement.

Chaque partie potentiellement responsable (PRP) ayant reçu un avis s'efforce très rapidement de limiter sa part des coûts de nettoyage. L'EPA, de son côté, ne tient pas à négocier avec un groupe qui n'est pas responsable de la plus grosse partie des

déversements. Les tiers «fournissent un lieu de réunion, aident à fixer l'ordre du jour de la première rencontre et informent les organismes gouvernementaux de la situation du site, contribuant ainsi à amorcer les pourparlers de règlement»[140]. Ils facilitent la mise sur pied d'un comité directeur et d'un comité juridique, d'un comité technique et d'un comité des attributions.

Le problème auquel sont confrontés les PPR chargées d'élaborer les mesures correctrices est complexe, et risque d'engendrer les litiges suivants :

- Qui sont les parties vraiment responsables ?
- Quelles évaluations techniques permettraient de déterminer l'ampleur du problème ?
- Quelles sont les mesures correctrices qui s'imposent ?
- Comment les coûts seront-ils répartis entre les PPR ?
- Comment structurer et appliquer le règlement ?

La solution de ces problèmes nécessite une expérience considérable, et l'EPA ne souhaite pas que son personnel soit impliqué, car il devra négocier le règlement final définissant les mesures correctrices, et il importe d'éviter les conflits d'intérêts. Plutôt que de demander à différentes branches de l'EPA de se charger de fixer les politiques, de dispenser des conseils, d'assurer la pédagogie et les répartitions, les fonctions de conseil et de pédagogie sont confiées à l'extérieur.

Bien que CSI définisse son activité comme une forme de médiation ou de résolution alternative des différends, elle facilite également la communication et renseigne les parties sur le processus du Superfund. Elle aide les parties à s'organiser en vue d'actions collectives, contribuant à réduire leur nombre en élaborant des accords de rachat qui soulagent les petits contrevenants. Elle veille à ce que les entreprises représentent tous les intérêts importants et fournit les données ainsi que les analyses nécessaires à la répartition des coûts. CSI aide également les parties à s'entendre sur un mécanisme de répartition équitable à leurs yeux. On voit que ces activités vont beaucoup plus loin que la médiation.

En fait, CSI joue le rôle d'un expert-conseil disposant d'une connaissance très poussée du processus. Certes, le fait d'offrir la compétence technique nécessaire à l'identification des remèdes applicables en la matière et à l'évaluation de leur coût et de leur efficacité relative ne relève pas de la médiation. Cependant, il s'agit d'un élément essentiel du processus de conception. Si l'on veut que les PRP s'entendent sur le choix des différents remèdes proposés, elles doivent apprendre à connaître les priorités des

autres parties, de même que le seuil au-delà duquel les compromis deviennent inacceptables. La définition de ce seuil peut nécessiter une médiation. On pourrait sans doute dire, avec plus de précision, que CSI joue un rôle de conseiller, dans un contexte marqué par l'hostilité.

7.2.6.3 La résolution des différends et l'élaboration de remèdes

Aux termes de la loi sur le Superfund, deux options sont possibles : les parties responsables peuvent élaborer leur propre accord de règlement, ou encore l'EPA peut s'en charger pour leur compte et facturer les parties pour les coûts correspondants. Lorsque l'EPA se charge d'explorer les remèdes et d'effectuer l'étude de faisabilité, les parties responsables supportent les coûts mais sans participer à l'élaboration du règlement.

Lorsque, à l'étape suivante, le projet d'étude des remèdes et d'étude de faisabilité sont soumis aux commentaires du public, on voit fréquemment surgir d'importants conflits entre les parties. S'il se trouve que les PRP n'interviennent pas avant le stade des commentaires du public, le règlement porte sur une somme plus importante (à savoir le coût du remède, auquel s'ajoutent les coûts supportés par l'EPA lors de l'exploration et de l'étude de faisabilité), et les parties se trouvent confrontées à un processus qu'elles connaissent mal. En fait, l'un des principaux avantages que présente la participation des PRP à l'enquête et à l'étude découle de ce qu'elles jouent un rôle important dans la détermination du remède. En outre, cela leur permet d'établir des relations de travail avec les autres parties.

L'étape suivante porte sur la mise au point des modalités de paiement du nettoyage, et sur la négocation d'un accord acceptable avec les gouvernements concernés. *Clean Sites Inc.* aide les parties à déterminer la manière dont le site a contaminé l'environnement - par voie atmosphérique, par les eaux de surface, par le sol ou par la nappe phréatique, à évaluer les risques ainsi que les solutions pour le nettoyage. «Par le passé, les divergences entre les parties en cause quant aux remèdes techniques ont entravé les processus de nettoyage, entraînant d'importantes pertes de temps et d'argent. ... Sur certains sites, CSI détermine si les études concernant le nettoyage sont en mesure d'offrir des solutions d'assainissement techniquement valables. CSI a également aidé les parties responsables et les organismes gouvernementaux en évaluant les remèdes techniques envisagés, afin d'aider à faire le bon choix»[141]. Le règlement final, en matière de mesure correctrice, doit prendre la forme d'un décret de consentement judiciaire[142].

Le *General Accounting Office (GAO)* observe que la négociation d'un règlement nécessite souvent deux ou trois ans; quant au nettoyage du site, il peut exiger encore une ou deux années[143]. Le GAO a analysé 39 règlements. Dans trois cas, l'EPA a conclu

que «les parties responsables ont intentionnellement faussé leurs déclarations; elles ont minimisé l'importance de la contamination du site, afin d'obtenir des remèdes plus limités, c'est-à-dire probablement moins onéreux»[144]. Dans 54 pour cent de ces cas, les conditions de règlement n'ont été respectées qu'avec retard. Le nettoyage aussi a suscité des difficultés, qu'il ait été entrepris par les parties elles-mêmes ou par l'EPA. On en a conclu qu'il fallait encadrer de plus près l'assurance de qualité. Dans une étude de 1984, l'*Environmental Law Institute* n'a constaté aucune différence, du point de vue de la rentabilité, entre les initiatives privées et les initiatives publiques.

Si l'on veut inviter jusqu'à 850 PRP à participer à la conception de mesures correctrices et à leur application, et si l'on veut que cette participation soit effective, il faut être expert en communication. La possibilité de laisser les parties responsables élaborer et mettre en oeuvre elles-mêmes une mesure correctrice, plutôt que de laisser le gouvernement s'en charger et d'en supporter simplement le coût, est l'un des aspect extrêmement attrayants de cette approche en matière de réglementation. Il est même possible - encore que l'on ne dispose pas, à ce jour, de preuves tangibles en la matière - que ce processus atténue la frustration des opérateurs à qui l'on demande de supporter les frais de ces mesures. De même, les conséquences d'un investissement dans les mesures destinées à empêcher les dommages peuvent être très différentes, car on s'attendrait à ce que les parties qui ont contribué à des décisions, en matière de conception, soient bien placées pour saisir la manière dont la conception peut, dans l'avenir, réduire la responsabilité.

7.2.6.4 Évaluation du programme

La délégation de certaines des responsabilités réglementaires de l'EPA à un organisme non lucratif, tel que *Clean Sites Inc.* a été légitimée de deux façons. En premier lieu, le 24 avril 1987, l'EPA a publié un mémoire intitulé «Le rôle de Clean Sites Inc. à l'égard des sites couverts par le Superfund»[145]. Ce mémorandum autorisait CSI à entreprendre des médiations officieuses et rendait hommage à sa contribution au règlement et au nettoyage. Le 14 août 1987, l'EPA publiait un document intitulé «Final Guidance on the Use of Alternative Dispute Resolution Techniques in Enforcement Actions» (Conseils pour le recours aux techniques alternatives de résolution des différends lors des actions visant l'application)[146]. Ce document «ouvrait la voie à une médiation tant officieuse qu'officielle entre les PPR et l'EPA»[147].

CSI consacre énormément d'attention à élaborer des remèdes et des processus de mise en oeuvre qui ménagent les susceptibilités du public. Lors de la mise au point du règlement, on se préoccupe tout particulièrement de prévenir les actions judiciaires lancées par les citoyens; les règlements sont, dans un premier temps, soumis à l'EPA,

puis à l'échelon judiciaire. Tant le processus d'élaboration du règlement que la conception de ce dernier reçoivent le plus grand soin.

En déléguant les responsabilités en matière de diagnostic et de conception à des organismes privés tel que CSI, l'EPA se donne les moyens de mieux vérifier les règlements finaux en vue d'une action correctrice, l'atténuation proposée et la répartition des obligations entre les parties privées et les gouvernements. Elle peut ainsi axer son attention sur la faisabilité et sur l'adéquation des mesures de réduction du dommage, mais aussi veiller à élaborer des normes de résultat et à en surveiller le respect. En d'autres termes, en déléguant les responsabilités en matière de pédagogie, de diagnoctic et de conception, souvent assumées par l'autorité réglementante, l'EPA est mieux placée pour s'engager dans l'autoréglementation responsable[148].

7.2.7 Résumé : Le rôle de l'autorité réglementante dans les programmes américains d'autoréglementation

Le rôle de l'autorité réglementante varie en fonction des modèles d'autoréglementation responsable appliqués aux États-Unis. Dans le domaine du nettoyage des déchets, l'EPA délègue à CSI la responsabilité réglementaire pour ce qui est d'interpréter et d'expliquer aux PPR la nature des obligations juridiques, d'obtenir leur consentement à cet égard et de les sensibiliser aux préoccupations des entités exposées. En outre, CSI assume les fonctions de pédagogue et de conseiller afin que l'EPA puisse remplir plus efficacement sa fonction d'évaluation.

Dans le cas du programme de protection volontaire, le rôle d'interprétation et d'explication, mais aussi les fonctions de pédagogie et de conseil, sont assumés par les professionnels de la sécurité employés par les créateurs de risque. Cela permet, encore une fois, à l'EPA de se concentrer sur son rôle d'évaluation.

Le programme d'exemption des consultations reconnaît que les petites entreprises n'ont ni les connaissances ni l'expérience leur permettant d'interpréter/traduire efficacement les exigences légales, voire de jouer un rôle de pédagogue ou de conseiller sur la façon de concevoir des systèmes efficaces de contrôle interne. L'autorité réglementante assume ces fonctions pendant une période limitée, jusqu'à ce que la direction de l'entreprise ait acquis le savoir-faire nécessaire. Tant que les normes de résultat sont respectées, l'évaluation de la conformité est laissée un peu en sommeil durant cette période d'apprentissage.

7.3 L'approche australienne en matière d'autoréglementation responsable

7.3.1 Le certificat de compétence

Les ministères des mines des différents États composant l'Australie ont adopté, en matière réglementaire, une approche que Braithwaite (1982) appelle «l'autoréglementation encadrée». Ce régime se distingue nettement de ceux adoptés aux États-Unis et en Grande-Bretagne. Il repose sur le certificat de compétence, que doivent détenir les directeurs de mines. En outre, la loi établit clairement la responsabilité en matière de sécurité : cette responsabilité incombe aux directeurs accrédités de la mine.

On exige des certificats de compétence de tous les individus s'engageant dans des activités à haut risque sur le territoire australien. Le but du système des permis consiste à s'assurer que les opérateurs de ces industries comprennent bien en quoi consistent leurs obligations aux termes des règlements de sécurité et possèdent les capacités de diagnostic et de conception nécessaires à l'élaboration et à la mise en oeuvre des procédures et techniques garantissant que le travail s'accomplit dans de bonnes conditions de sécurité. Le certificat de compétence peut être retiré suite à une audience, laquelle peut être tenue chaque fois qu'un accident important se produit. Le but de l'audience est d'établir la cause de l'accident et de proposer des amendements à la réglementation, afin d'améliorer la prévention dans l'avenir. Au cours de ces audiences, l'atténuation n'est pas abordée.

Le certificat de compétence est destiné à inciter les directeurs d'usine à haut risque à respecter la sécurité, sous peine de disqualification professionnelle. Non seulement le directeur de la mine doit-il détenir un certificat de compétence, mais il faut que l'entreprise désigne une personne qui portera la responsabilité en son nom. Ainsi, la responsabilité est clairement établie. Il incombe au directeur de mine accrédité de s'assurer que les agents et leurs responsables respectent les règles de sécurité. De ce fait, c'est à lui qu'il incombe de sensibiliser et de former, mais aussi de faire appliquer les règles.

Au cours de leur série d'entrevues, menées dans les différents États australiens avec des responsables des mines et de l'énergie, Grabosky et Braithwaite ont recueilli les commentaires suivants quant à la pratique et à l'efficacité de cette approche en matière de responsabilité :

- La responsabilité personnelle pour les infractions à la sécurité renforce le soin apporté aux procédures de protection.

- L'industrie est encouragée à considérer la réglementation comme la norme minimale en matière de sécurité et de santé. L'application des règles ne s'impose que pour les créateurs de risque qui considèrent cette réglementation comme une norme maximale.

- Le rôle de l'agent réglementaire s'oriente principalement vers la pédagogie et la recherche de coopération, et c'est seulement en dernier recours qu'il devient responsable de l'exécution, au besoin par des poursuitse.

- Le mode de fonctionnement dépend beaucoup plus du pouvoir de persuasion de l'inspecteur, que de son autorité légale[149].

- Les entreprises sont incitées à promouvoir leur propre programme de sécurité, basé sur des règles qui leur sont propres. Lors des discussions consacrées à la formulation de ces règles, les inspecteurs sont présents et apportent leur contribution.

- Juridiquement parlant, c'est lorsque les cadres moyens sont responsables de mesures de sécurité inadéquates que l'on a le plus de problèmes.

Dans l'ouest de l'Australie, la règle veut qu'une personne ne puisse travailler ou être employée ou autorisée à travailler dans le sous-sol, à moins que : (a) cette personne ait été informée du genre de travail que l'on attend d'elle, ou (b) qu'elle ait convaincu le directeur ou la personne responsable de l'exploitation du gisement souterrain de sa compétence pour ce travail. En vertu de la *Common law*, les entreprises doivent veiller à ce que leurs employés soient convenablement formés. Presque toutes ont leur propre recueil de règles de sécurité, et certaines d'entre elles ont même établi des petits manuels concernant le fonctionnement de leurs machines. Étant donné la vaste gamme d'équipements utilisés pour l'exploitation minière à grande échelle, il est préférable de prévoir une marge discrétionnaire[150].

Les fabricants d'explosifs doivent établir leurs propres règles de sécurité. Ces règles sont ensuite approuvées par la direction des explosifs du ministère, et toute violation peut valoir au fabricant des poursuites judiciaires. Cependant, de telles poursuites ne sont pas nécessaires, car les directeurs de ces entreprises prennent les mesures disciplinaires qui s'imposent. Dans le Queensland, la loi stipule que si la personne qui supervise l'exploitation de plusieurs mines décide de donner au directeur une instruction concernant les modalités d'exploitation de la mine, et que le directeur considère cette instruction comme inacceptable ou peu sûre, il a le droit d'en exiger la communication par écrit. De plus, il est dit de façon spécifique que nul ne peut enjoindre au directeur de faire quoi que ce soit de contraire à la loi[151].

7.3.2 Les inspecteurs du travail

Les inspecteurs du travail sont habilités à intervenir à leur guise, et ils sont munis de tous les pouvoirs d'un inspecteur de district, sauf celui d'entamer des poursuites de leur propre chef. Il faut que ce genre de mesure soit entérinée par l'ingénieur principal des mines. Ils peuvent ordonner la fermeture d'une mine souterraine, mais pas celle d'une usine de transformation.

Les inspecteurs du travail sont employés par le ministère des mines de l'ouest de l'Australie. Dans le Queensland, les membres de la *Colliery Employees Union* désignent des inspecteurs chargés d'entreprendre des inspections de sécurité dans des mines données, de même que trois personnes investies d'un tel pouvoir dans toutes les mines de l'État[152]. Le syndicat paie leur salaire, mais le ministère verse une subvention de 3,000 dollars par trimestre. Il n'existe pas d'exigences législatives en ce qui concerne les comités de sécurité, lesquels sont soutenus, dans l'ouest de l'Australie, mais sans être activement encouragés.

7.3.3 La règlementation dans l'État de Victoria : La différenciation par industrie

Dans l'État de Victoria, on constate des différences importantes de régimes réglementaires, dans les carrières et dans les mines, de même que pour les gisements pétroliers en haute mer. Le ministère des Mines et de l'Énergie de l'État aide à localiser les gisements pétroliers, puis les divise en zones de permis qui sont, en quelque sorte, vendues aux enchères. L'État exige de l'exploitant qu'il soumette un programme d'exploration, précisant le nombre de puits qu'il compte forer et les méthodes employées, et supervise l'exploration. Les conditions fixées régissent le passage de l'exploration à la production, ainsi que la restauration du site une fois la plate-forme enlevée.

Cette forme de réglementation est beaucoup plus intensive, puisqu'un inspecteur, ou un groupe d'inspecteurs, assiste à l'ensemble de l'opération. La surveillance exercée par le ministère peut aller jusqu'au moindre détail, comme par exemple déterminer qui effectue les missions en hélicoptère; en outre, l'ensemble de l'exploitation est assujettie à l'obtention d'une licence.

Étant donné les conséquences pour les opérations d'exploitation des gisements en haute mer du pays, et compte tenu des considérations politiques qui en découlent, il est peu probable que ce cadre global de réglementation soit jamais démantelé et transformé[153].

L'attribution d'une licence pour l'ensemble d'une exploitation diffère de l'attribution d'une licence au directeur de mine ou à d'autres agents. Lorsque la

surveillance concerne de petites mines, souvent des exploitations individuelles, on impose un certain nombre de conditions à la concession avant de l'homologuer, et l'inspecteur vérifie que ces conditions, de même que les autres règles en vigueur, sont bien respectées. Dans ce genre de cas, on considère que l'autorèglementation n'est guère praticable[154]

Chacune des unités municipales de l'État de Victoria dispose d'un comité consultatif des industries extractives, chargé d'examiner toutes les demandes de licence ou de renouvellement. Le public est habilité à présenter des plaintes, si bien que la nécessité de renouveler la licence d'exploitation d'une mine permet au public de participer à l'évaluation de l'admissibilité et augmente les chances de mettre au jour les irrégularités de certaines exploitations.

La surveillance des effets est assurée par la direction des mines de charbon du ministère, qui émet des avis et des descriptions détaillées des incidents importants, y compris ceux qui auraient pu entraîner des lésions physiques ou matérielles, ou même des «quasi-accidents». Ces avis sont adressés à toutes les mines. On exige des sociétés qu'elles surveillent les différentes sources de problème (la poussière, par exemple) et qu'elles communiquent les résultats au ministère[155]. Dans la plupart des cas, les mesures correctrices sont prises sur place.

La loi stipule que l'on doit tenir un registre pour chaque mine, et chaque fois qu'un ingénieur ou un inspecteur des mines effectue une visite, il doit la consigner sur ce registre; étant donné qu'il prescrit invariablement certains travaux, le registre est un instrument d'application de la loi; et l'inspecteur peut fixer un délai pour l'exécution des travaux et, si nécessaire, entamer des poursuites.[156]

Les infractions constatées soit par le directeur de la mine, soit par les travailleurs, sont réglées de façon interne par la suspension du contrevenant pendant un certain nombre de jours et, dans les cas extrêmes, par son congédiement. Pour les affaires les plus graves, le directeur de la mine est appelé à comparaître devant la commission qui délivre les certificats, et on exige qu'il démontre pourquoi on devrait le maintenir dans ses fonctions de directeur de mine.

7.3.4 Résumé

L'étude de cas portant sur la réglementation australienne en matière d'exploitation minière et d'énergie jette un éclairage précieux sur l'utilisation des permis à des fins réglementaires. La réglementation en matière de sécurité repose sur deux types d'autorisation : l'approbation du site, et l'obtention de certificat de compétence par les directeurs et les personnes exerçant des tâches dangereuses. Les titulaires de ces certificats sont habilités à élaborer les procédures de réduction des dommages

convenant le mieux au site sur lequel ils opèrent. Si ces procèdures et les pratiques qui en découlent sont insatisfaisantes, les responsables risquent la disqualification professionnelle. Les permis servent à obliger ces responsables à opérer dans des conditions sécuritaires. Il incombe notamment au directeur d'une exploitation de concevoir et d'assurer le fonctionnement efficace d'un système approprié de contrôle interne.

Étant donné que les principes qui régissent la conception sont bien connus, les droits et obligations des directeurs et des employés sont énoncés en détail; toutefois, les différences constatées entre les sites indiquent que les exceptions doivent être nombreuses. Selon Perrow, ces situations traduisent le besoin d'un savoir-faire technique[157]. Dans le cas des exploitations en haute mer, domaine dans lequel les procédures et les techniques de sécurité sont de création récente, les principes permettant d'élaborer des méthodes efficaces ne sont pas définis avec précision; étant donné la nécessité d'innover constamment, il faut que s'établisse une relation d'interdépendance réciproque entre l'agent réglementaire et le créateur de risque[158].

S'agissant de la réglementation des petites mines, l'octroi de permis est assujetti à des conditions. Ces conditions précisent les règlements et notamment ce que l'on attend d'un créateur de risque n'ayant pas de capacité de diagnostic ni de conception. Si l'on veut que les règles soient respectées en l'absence d'un savoir-faire interne, il faut que les règles appliquées aux petites mines soient plus explicites et mieux ciblées.

En revanche, dans le cas de grandes entreprises disposant du savoir-faire nécessaire, les experts «maison» sont tenus individuellement responsables de la conception de mesures de sécurité appropriées et efficaces. Ils sont censés connaître leurs obligations et avoir la compétence nécessaire pour mettre au point une stratégie adéquate. Dans le cas d'une grande entreprise pour laquelle les principes de conception n'ont pas encore été élaborés, il faut prévoir une expérimentation approfondie. Il faut en outre, si l'on veut progresser, qu'il y ait concertation étroite entre l'organisme réglementant et le créateur de risque. Dans ce genre de situation, toute décision doit être entérinée par l'autorité réglementante.

7.4 Conclusions concernant l'approche de l'autoréglementation responsable

L'analyse qui précède tend à démontrer que l'autoréglementation responsable atteint son maximum d'efficacité lorsqu'il y a des experts disposant de principes bien établis en matière de conception. La promotion et le ciblage peuvent être utilisés lorsqu'une configuration est reproductible et lorsque, en raison de la stabilité du contexte, peu d'exceptions sont nécessaires. Cependant, si la promotion et le ciblage sont de nature à favoriser des taux relativement élevés de conformité tant que les

procédures et les techniques demeurent simples et peu onéreuses, cela ne constitue pas de l'autoréglementation.

La coréglementation établie par le créateur de risque et l'autorité réglementante ne s'impose qu'à une étape de l'élaboration réglementaire : lorsque les principes de conception sont complexes, coûteux et mal compris, ou encore en mutation permanente. Dans ce cas, il faut un couplage étroit afin que le créateur de risque et l'autorité réglementante puissent échanger des points de vue et les examiner avec soin. Cette forme de réglementation fait appel à une prise de décision conjointe, c'est-à-dire à la co-réglementation.

L'autoréglementation responsable nécessite que l'agent réglementaire se concentre sur son rôle de vérification, tandis que la fonction de consultation est déléguée à une autre personne, disposant de la compétence nécessaire. On se trouve alors face au dilemme suivant : le consultant doit-il appartenir au secteur public ou au secteur privé ? Ses prestations doivent-elles être financées par des fonds publics ou par des fonds privés ? Le *Consultation Exemption Program (CEP)* utilise les deniers publics pour rémunérer des consultants du secteur privé. Quant au *California Cooperative Compliance Program*, en guise de compromis, il complétait les activités de consultation d'experts privés en matière de sécurité en nommant, à même les fonds publics, des surveillants de la conformité (DCO) dont l'action consistait à promouvoir l'application efficace des conseils dispensés par les experts, après que ces conseils aient été affinés grâce à la consultation du personnel d'exécution et de la direction de l'entreprise. Enfin, le *Voluntary Protection Plan* considère la conception comme une responsabilité privée et s'intéresse aux fonctions de vérification et de diffusion de l'information.

De toutes les approches analysées plus haut, celle de la Grande-Bretagne semble être la moins efficace, et ce pour plusieurs raisons. Tout d'abord, personne n'est désigné pour évaluer de façon systématique les résultats, ou pour se pencher sur les moyens d'améliorer les méthodes employées. Si la conformité est vérifiée, les effets ne le sont pas. En deuxième lieu, on n'accorde pas suffisamment d'attention à la conception de processus efficaces de mise en oeuvre. Troisièmement, on se préoccupe davantage de l'application du conseil prodigué que de l'amélioration de la réduction du dommage, si bien que toute tentative d'application du conseil est considérée comme acte de conformité, et que l'on ne se préoccupe pas des conséquences de la non-conformité laissée impunie.

Une fois que le secteur privé a investi pour obtenir le concours de consultants, il incombe à l'autorité réglementante de jouer le rôle de vérificateur, afin d'éviter que ne se crée un sentiment d'injustice. Étant donné qu'une bonne vérification nécessite, de la part du vérificateur, qu'il prodigue des conseils sur la façon d'améliorer les choses, il lui faudra disposer d'une formation solide et être pleinement conscient de son rôle de pédagogue. Cependant, certaines questions restent sans réponse :

- Faut-il exiger du secteur privé qu'il paie les consultations fournies par des agents autres que les vérificateurs ?

- Le secteur privé doit-il payer uniquement lorsqu'il faut recourir à une conception individualisée ?

- Faut-il dissocier le rôle de consultation et le rôle d'autorisation joués par les agents réglementaires ?

Ces problèmes devront être résolus au cours de l'évolution future de l'autoréglementation responsable.

8.0 LA DÉLÉGATION DE LA RESPONSABILITÉ POUR L'ÉLABORATION DE LA RÉGLEMENTATION ET SON ÉVALUATION

Dans le régime de l'approbation conditionnelle, les firmes privées cherchent à obtenir des licences leur permettant de s'engager dans des activités à risque. Toutefois, la délivrance d'une licence dépend de l'approbation et de l'autorisation des plans relatifs à l'activité. En règle générale, cette responsabilité incombe à l'autorité réglementante; la participation du public au processus d'autorisation varie suivant les procédures en vigueur. L'autre aspect important de l'élaboration de la réglementation, dans cette approche, consiste à suivre les effets et à déterminer si l'activité se déroule conformément aux conditions de l'autorisation.

Le processus d'approbation conditionnelle vise à prévenir ou à réduire le préjudice par la modification des activités à risque, tant au moment de la demande initiale de permis d'exploitation que lors de son renouvellement.

Dans le présent chapitre, nous nous pencherons sur la question de savoir à quel moment les intervenants privés peuvent assumer une partie, voire la totalité des responsabilités réglementaires, et si le rôle de ces intervenants les amènerait à remplacer ou à compléter celui des agents réglementaires. Si les premiers sont appelés à remplacer les seconds, par quels mécanismes s'assurera-t-on que les pouvoirs délégués sont convenablement exercés ? Il s'agit de déterminer quels sont les rôles traditionnellement dévolus aux agents réglementaires qu'il serait possible de privatiser, et dans quelles conditions.

Les questions essentielles qui s'y rapportent sont donc celles de savoir qui interviendra dans le processus d'autorisation; s'il est possible de déléguer le pouvoir d'apprécier la diligence raisonnable, et à qui; comment donner force légale aux initiatives publiques ainsi qu'aux instruments réglementaires d'application; enfin, si les pouvoirs délégués ont été efficacement employés à réduire les dommages.

On trouve, à l'étranger, plusieurs exemples de sources de l'autorité qui sous-tend le processus d'approbation conditionnelle. C'est le cas des accords définitifs de règlement stipulant les modalités de réparation des dommages dus aux déchets toxiques, qui deviennent exécutoires dès que l'accord est enregistré devant un tribunal. En Australie, les accords de franchise ont force de loi du fait qu'ils sont incorporés à la législation nationale par approbation du Parlement[159]. Autre exemple, celui des commissaires-enquêteurs imposant des conditions et exigeant le dépôt de cautions afin d'assurer le respect des modalités attachées au permis. Enfin, les autorités chargées de la protection des consommateurs négocient des assurances dont les stipulations sont exécutoires.

En revanche, aux États-Unis, les permis d'émission transférables, que nous analysons plus loin, permettent à certaines firmes d'acquérir, en les achetant, des crédits de résultat qu'elles n'ont pas mérités mais qui réduisent néanmoins les obligations à respecter. La reconnaissance de crédits de cet ordre relève toutefois d'un pouvoir discrétionnaire et n'a pas force de loi.

En général, l'intervention des entités exposées dans le processus de négociation des initiatives est facultative : le gouvernement peut prendre des décisions unilatérales ou demander largement conseil, et ce à ce stade plus ou moins avancé du processus d'élaboration. Ainsi, si les parties potentiellement responsables (PRP) conçoivent des mesures correctrices en matière d'élimination des déchets dangereux, le point de vue des entreprises créatrices de risque se voit accorder un poids considérable - de même, d'ailleurs, que celui des agents réglementaires qui doivent approuver l'étude et des entités exposées qui ont un droit de veto. En revanche, dans le processus d'approbation conditionnelle, la consultation intervient très tôt et elle est permanente. S'agissant de la faisabilité, il est probable que le point de vue des agents réglementaires a un plus grand poids que celui des entreprises créatrices de risque. Lorsque le ministère australien des industries primaires et de l'énergie (*Primary Industry and Energy*) choisit d'appliquer des critères répondant aux conceptions américaines ou musulmanes afin d'éviter ce qui, aux yeux des importateurs américains ou musulmans, constitue des nuisances, les producteurs australiens ne sont pas consultés. Ils appliquent ces critères afin d'avoir accès à des marchés lucratifs. Dans de telles circonstances, la mise en oeuvre peut poser des difficultés, faute d'une compréhension suffisante des nuisances à maîtriser. Les fonctions d'interprète, de pédagogue et de conseiller que remplissent les agents réglementaires prennent alors une importance considérable, car sans elles, la conformité est compromise.

8.1 L'approche américaine en matière d'approbation conditionnelle

8.1.1 Les permis transférables de pollution atmosphérique

Aux États-Unis, l'EPA, se rangeant aux arguments des économistes, a autorisé la substitution des émissions entre sources. Les économistes avaient fait valoir que la meilleure façon de réduire les taux d'émission consistait à fixer les normes minimales requises pour améliorer la qualité de l'air, et à considérer que tout résultat meilleur que le minimum donnerait droit à des «crédits», utilisables pour abaisser le niveau de limitation des émissions requis dans d'autres sites, ou sur le même site dans un avenir plus ou moins éloigné. Cette formule permettait aux entreprises, dans certaines circonstances, de porter le niveau de prévention/atténuation requis en-deçà du seuil minimal jugé adéquat.

Comme on pouvait s'y attendre, cette approche a suscité une vague de protestations et de litiges. Les permis étant valables en tout lieu et à tout moment, leur utilisation a été particulièrement combattue dans les zones de non-conformité, c'est-à-dire les régions des États-Unis où les normes minimales de qualité de l'air n'étaient pas respectées à l'époque.

Selon les tenants de cette politique, c'est la quantité des émissions, et non leur composition, qui affecte la qualité de l'air. Les effets des interactions entre les émissions ne sont pas pris en considération; on peut donc les considérer comme interchangeables. Ce postulat est nécessaire si l'on veut limiter au maximum la vérification des transactions. La distinction faite entre les zones de conformité et de non-conformité sert de critère d'appréciation très rudimentaire pour déterminer la gravité du problème de qualité de l'air à prendre en compte dans le processus d'autorisation. Ainsi, le lieu d'implantation peut avoir une influence sur l'étude mais, pour évaluer cette dernière, les différences entre zones de non-conformité n'entrent pas en ligne de compte.

Les économistes avaient en outre prédit qu'en autorisant les entreprises à négocier entre elles les permis plutôt qu'à utiliser les crédits selon les besoins, on favoriserait la création de biens dont la valeur serait déterminée par les lois du marché. Ils soutenaient que la probabilité de créer, en quelque sorte, des biens par un meilleur résultat que le seuil minimal fixé, permettrait aux entreprises de mettre au point des technologies offrant une meilleure maîtrise des émissions. Les permis négociables de pollution de l'air ont été conçus afin de laisser à chaque entreprise le soin d'étudier des plans de réduction des émissions et, partant, de l'encourager à innover et à investir dans des technologies nouvelles, plus facilement réalisables.

Les failles de ce raisonnement sont évidentes pour tout lecteur contemporain, mieux sensibilisé aux problèmes écologiques; l'EPA a cependant affiné son programme au fil des années. La notion de «taux net», qu'elle a a pour la première fois autorisée en 1974, permet à une usine qui s'est restructurée ou étendue, d'échapper à un contrôle si la modification ne provoque pas d'augmentation sensible des émissions nettes. La péréquation n'était autorisée que dans les zones de conformité, c'est-à-dire celles où sont atteintes les normes minimales nationales de qualité de l'air. En 1976, l'EPA a élaboré une «politique de contreparties» susceptible d'entrer en vigueur dans les zones où ces normes n'étaient pas atteintes, autorisant la vente directe de permis d'émission entre entreprises. En 1977, des amendements au Clean Air Act ont modifié cette politique.

L'EPA a connu, de 1977 à 1979, une période d'application sévère, durant laquelle les transactions ne pouvaient porter que sur des agents polluants comparables; chaque point d'émission était associé à un plafond donné, les sources non conformes étaient exclues, les délais de mise en application ne pouvaient être retardés et le report

des mesures coercitives en vigueur n'était pas permis. En 1979 intervint une révision, par laquelle on permit, pendant les deux années suivantes, qu'une «bulle»[160] englobe plusieurs usines. Les exploitants pouvaient accroître les émissions d'une source s'ils abaissaient le niveau d'autres sources de la même usine. En 1981, étant donné la récession, les règles furent encore assouplies. En 1982, toutefois, un tribunal décida que, s'agissant des zones de non-conformité, le taux net sortait des prérogatives de l'EPA. En 1986, un nouveau décret durcissait les règles applicables aux transactions en matière d'émissions.[161]

Afin de faciliter les transactions, des banques d'émissions ont été établies. En cas de réduction des émissions d'une source en-deça de la norme, le propriétaire reçoit un crédit de l'EPA pour la réduction des émissions; l'EPA agit comme une banque, prenant en dépôt des crédit pouvant être réitérés plus tard au bénéfice d'une usine nouvelle ou en expansion, ou être vendus à d'autres entreprises. À l'heure actuelle, les permis négociables d'émission sont soumis à un examen au cas par cas par les fonctionnaires réglementaires. Pour être admissible, il faut qu'une usine soit en situation de conformité avec ces normes avant la transaction, et toute nouvelle installation doit être conforme aux normes de résultat de la nouvelle source. Des normes techniques applicables à des sources spécifiques servent de base de référence.

8.1.2 Le programme dans la pratique

Richard Liroff, de la *Conservation Foundation*, a entrepris d'analyser cette approche de la réglementation. Les indications qui ressortent de son évaluation sont les suivantes :

1. Les entreprises créatrices de risque ont réalisé de substantielles économies, avoisinant les 800 millions de dollars canadiens, plus 10 millions de dollars par an en coûts d'exploitation[162]. Toutefois, soucieuses de faire des économies, les entreprises ont abandonné des possibilités de limitation précédemment identifiées. La formule leur permet d'éviter des frais indispensables à une amélioration de l'efficacité de la prévention. Contrairement aux arguments des économistes, les transactions de permis ont fait obstacle à la réalisation des objectifs du Clean Air Act.

2. L'affirmation suivant laquelle, en laissant faire le marché, on abaisserait le coût des mesures de surveillance et d'application, ne s'est pas vérifiée; on constate une hausse plutôt qu'une baisse des coûts associés aux transactions sous contrôle. Assouplir les règles et décider au cas par cas entraîne une augmentation des coûts de surveillance, en raison de la grande diversité des stratégies d'exploitation et de maintenance mises en oeuvre. Peu accoutumés aux stratégies, les agents

réglementaires ont besoin de nouvelles informations pour en comprendre et en suivre les incidences.

3. Lorsque les tâches liées à la surveillance et à l'application gagnent en difficulté et en complexité, les conséquences de la non-conformité ou de la conformité de pure forme augmentent. La dépendance vis-à-vis des mécanismes du marché amène à épuiser les moyens simples et peu coûteux d'éviter des frais plus importants. La volonté de recourir à des formules plus onéreuses devient tributaire de mécanismes coercitifs efficaces et mis en oeuvre avec cohérence. Il faut donc davantage de temps, d'argent, de personnel et d'interventionnisme. Les permis améliorent la souplesse et la rentabilité, mais les mesures préventives et correctrices s'essouflent lorsque la surveillance et les mesures coercitives ne sont pas renforcées. En définitive, les objectifs généraux qu'il fallait promouvoir concernant la maîtrise des nuisances sont compromis.

4. Si quelques «bulles» améliorent le taux de réduction de la pollution par rapport à celui qu'il aurait été possible de réaliser en se conformant à des exigences réglementaires traditionnelles, il existe de nombreux autres cas où les transactions de permis n'ont pas débouché sur des réductions d'émissions. Celles-ci découlent plutôt des mesures prises antérieurement par les entreprises qui, confrontées aux modes traditionnels d'encadrement, ont obtenu de meilleurs résultats que ceux exigés, sans l'incitation présumée du système des transactions.

5. Les transactions sur les permis de pollution atmosphérique n'ont pratiquement inspiré aucune innovation technologique. Elles aboutissent plutôt à réduire les coûts par des voies détournées. La péréquation permet aux entreprises d'éviter de recourir aux technologies existantes, limitant ainsi les améliorations rendues possibles par des modifications majeures des usines. Elles freinent l'amélioration de la qualité de l'air qu'amènerait la conformité aux normes, en réduisant les pressions exercées pour améliorer les performances. Les «innovations» ne sont pour la plupart que de simples réaménagements de technologies conventionnelles.

6. La participation des groupements écologistes et de l'intérêt public a contribué de façon vitale à désavouer les «bulles», dont les avantages pour l'environnement ont été mal expliqués par les requérants. Elle a également encouragé un examen et une analyse plus exhaustive des règles préconisées en matière d'émissions.[163]

Le rôle des citoyens et des groupes de protection de l'environnement a été de contester les hypothèses sur lesquelles se fondent les dérogations. De même, face à l'indignation des citoyens, les autorités ont dû adopter des stratégies n'engendrant pas d'actions en contentieux de la part de citoyens opposés à la sous-réglementation.

7. Placées au premier plan de l'attention, les «bulles» s'attirent une vindicte particulièrement vive.

8. On ne s'est pas assez soucié de mesurer et de faire connaître les risques que les transactions de permis représentent pour la qualité de l'air. Les nuisances qui en résultent pour l'écosystème dans des zones où les réductions d'émissions n'ont pas atteint les niveaux exigés n'ont pas été prises en compte.

Deux «bulles» ont prouvé leur efficacité : l'une se situe à Bristol, en Pennsylvanie, dans une installation de revêtement de bandes de 3M, firme qui a de bons antécédents en matière de protection de l'environnement; l'autre a été établie par DuPont dans une importante usine chimique, à Deepwater, dans le New Jersey. La «bulle» de 3M a effectivement engendré une innovation technologique, à savoir un système de revêtement sans solvant, et a vraiment permis d'économiser argent et énergie. Il a toutefois fallu prolonger de deux ans les délais de mise en conformité dans une zone où s'exerce une menace importante sur la couche d'ozone.

DuPont a proposé de réduire de 99,9 pour cent les émissions de certaines des sources les plus importantes, tout en limitant moins strictement ses sources secondaires ... Pour les trois plus importantes, les réductions proviennent de l'utilisation des émissions comme combustible auxiliaire dans des fours. Le niveau de conformité fut rapidement atteint à relativement peu de frais, parce qu'il n'a fallu prévoir et installer que peu de nouveaux moyens de limitation. Certaines installations ont nécessité un montage en rattrapage. Cette bulle a été autorisée alors qu'elle se situait dans une zone de non-conformité.[164]

8.1.3 Une question d'hypothèses : l'économie ou l'écologie

L'EPA a essentiellement défini l'efficacité en termes d'économie de fonds qu'il aurait fallu consacrer à des technologies de limitation applicables à un plus grand nombre de sources. Il n'y a pas eu d'évaluation systématique des dommages causés à l'environnement par l'absence de limitation ou par le non-respect des échéances; l'approche adoptée a été homocentrique plutôt qu'écocentrique. Au lieu d'améliorer l'efficacité de la limitation des nuisances, l'accent a été mis sur la réduction de son coût. L'innovation a été minime parce que les firmes ont cherché la voie du minimalisme et du moindre coût : elles se sont efforcées de modifier des systèmes de limitation déjà conçus plutôt que d'innover à partir de nouvelles hypothèses ou d'employer des méthodes nouvelles.

Les activités réglementaires se sont focalisées sur les contrôles de conformité, avec fort peu de contrôle des effets. En concentrant l'attention sur les émissions nettes, on a ignoré les conséquences de leur répartition, sauf si les citoyens s'en plaignaient. Il

s'agit de deux activités opposées qui nécessitent un degré élevé de compétence, que certaines communautés sont plus aptes à mobiliser que d'autres. On n'a pas accordé suffisamment d'attention aux failles du raisonnement suivant lequel la composition des émissions n'a pas d'importance, et aucune à l'atténuation des nuisances lorsque la réalité n'apporte pas les résultats escomptés. Faute de contrôle adéquat des effets, il y a eu un nombre considérable de conflits et d'actions en litiges, étant donné que les intérêts des créateurs de risque se sont vu accorder davantage d'attention que ceux des entités exposées. Cette approche de la réglementation ignore donc aussi bien les interdépendances que les éléments de propriété qui se font jour.

De plus, on a accordé trop peu d'attention, lors de la conception des programmes réglementaires, à la nécessité d'élaborer des procédures et des formes de vérification susceptibles de réduire le risque de protestations. Les échéances fixées pour la réalisation des normes de résultat spécifiées sont destinées à améliorer la souplesse en permettant de répartir la réduction des nuisances sur une plus longue période. Toutefois, s'il y a promesse de conformité à l'échéance, on sera plus enclin à pardonner la non-observance. Les répercussions sur la qualité de l'air n'ont que peu de poids face aux pressions exercées en vue de reporter les échéances indéfiniment.

L'un des problèmes majeurs de la vérification des transactions sur les émissions concerne l'exactitude des prévisions liées aux conséquences d'une transaction donnée. En raison de la multiplicité des circonstances à traiter, et de la complexité des relations établies entre les informations susceptibles d'affecter les résultats, les chances d'établir des prévisions exactes sont minces. Il peut en résulter des nuisances indésirables dont l'atténuation doit être envisagée.

La responsabilité de telles nuisances doit-elle être endossée au même titre par le vendeur et par l'acheteur des permis ? Lorsqu'ils ont conçu des systèmes de permis transférables, les économistes ont passé sous silence la nécessité de prendre en compte cette question cruciale. Leur postulat initial était que ni l'acheteur ni le vendeur n'est responsable des dommages provoqués, la responsabilité étant un élément extérieur, un coût à faire supporter par d'autres. Pourtant, si l'on veut recourir aux permis transférables, le vendeur doit lui aussi faire preuve de diligence raisonnable, le meilleur moyen pour l'y assujettir étant probablement de créer une responsabilité conjointe couvrant à la fois une aggravation fortuite des dommages et les conséquences du non-respect des normes prescrites en matière de réduction des nuisances. Il faut que les responsabilités de l'acheteur et du vendeur s'apparentent à celles que le *Superfund* a créées pour le nettoyage des déchets toxiques.

8.1.4 Résumé

Nombreuses sont les régions des États-Unis où les normes de qualité de l'air qui, en vertu du *Clean Air Act*, devaient être atteintes pour le 31 décembre 1987, n'ont pas été respectées, mais elles n'ont pas pour autant subi le retrait des subventions fédérales qui aurait dû en résulter. On continue de reporter des modifications d'importance majeure, indispensables pour que des cités comme Los Angeles et Denver soient en conformité. Les études liées aux modifications requises pour respecter les normes ont été faites mais n'ont pas été mises en application parce que les sanctions brandies n'ont pas été appliquées. En d'autres termes, les mesures incitatives liées à une application réelle ont été réduites à néant.

Le fait que les transactions de permis s'effectuent sans vérification préalable - ce qui les assimile à une valeur mobilière et permet la privatisation de nouveaux biens - revient à perdre de vue que les permis sont conçus comme des instruments destinés à promouvoir une réduction systématique des préjudices. Pour qu'une telle réduction soit assurée, il faut des preuves tangibles que les transactions sur permis améliorent la qualité de l'air. Faute de telles preuves, les vérifications, malgré leur caractère d'ingérence, deviendront incontournables, d'autant que les investissements dans les technologies complexes ou coûteuses de limitation ne seront consenties qu'au moment où l'on jugera catastrophiques les conséquences de la non-conformité.

8.2 L'approche australienne du processus d'approbation conditionnelle

8.2.1 Les accords de franchise : utiliser la législation pour déterminer les modalités applicables aux permis

Il existe en Australie des précédents en matière d'accords de franchise prévoyant l'autorisation, par le gouvernement, d'activités présentant des risques. Le premier accord de franchise négocié par l'État du Queensland a pris la forme d'une loi, la Thiess Peabody Coal Pty. Ltd. Agreement Act, approuvée par le parlement de cet État en décembre 1962. Le projet fut retardé et la loi n'entra pas en vigueur; elle fut remplacée en 1965 par l'accord *Peabody Mitsui*. Cet accord de franchise, le *Central Queensland Coal Associates Agreement*, fut négocié entre l'État du Queensland et l'entreprise *Utah Development Company* (à présent dénommée *BHP Utah International*, avec siège à San Francisco). L'accord, signé en janvier 1969, donnait à cette société le droit d'ouvrir quatre mines de charbon géantes pour l'exportation.

Une loi du parlement autorisa le Premier ministre à conclure, pour le compte du Queensland et en son nom, un accord avec la *Utah Development Company* et la *Mitsubishi Development Pty. Ltd.* Un accord de 80 pages, rédigé sous forme d'annexe à

la loi et exécutoire, fixait les limites de l'accord commercial entre le gouvernement et les sociétés. Une fois l'accord conclu et promulgué, toute modification de ses modalités nécessiterait un accord entre le Premier ministre et les sociétés, puis l'approbation ultérieure par une résolution du Parlement.

La loi portait sur des concessions spéciales d'exploitation de mines de charbon; elle précisait la quantité de minerai que les sociétés pouvaient extraire, les redevances à payer, le capital à apporter pour la construction d'un chemin de fer ainsi que le prix du transport à leur charge. Elle permettait à ces entreprises de faire appel à l'aide de l'État pour l'acquisition de terrains et de voies d'accès aux installations minières et portuaires, et leur donnait des garanties légales pour la prospection et l'obtention de concessions spéciales d'exploitation de houillères. Elle stipulait l'obligation, pour l'État, de construire un chemin de fer et de mettre en place une autorité portuaire à l'endroit où les sociétés le demanderaient.[165]

8.2.1.1 Droits de prospection et droits miniers

Pour leur part, les compagnies minières étaient tenues d'obtenir des contrats de vente pour les quantités de charbon envisagées dans l'accord, et de prendre des engagements fermes avec des institutions financières en vue d'obtenir des dépôts de garantie représentant un montant de quelque 36 millions de dollars australiens correspondant au coût de construction du chemin de fer et d'achat du matériel roulant. L'État devait utiliser ces fonds pour le chemin de fer et les rembourser en six mensualités échelonnées, les intérêts courant sur douze ans et demi puisque des montants équivalents devaient être récupérés sous la forme de droit de transport. En outre, les sociétés devaient apporter la preuve qu'elles respectaient ces exigences au ministre des Finances ainsi qu'à celui des Transports. L'accord stipulait également qu'il ne pouvait y avoir aucun transfert de bénéfices en dehors des deux sociétés sans l'approbation du gouvernement.

Les sociétés pouvaient prospecter sur les terrains concédés pendant une période de cinq ans dans des zones de moins en moins étendues : 1 333 miles carrés la première année, 1 070 la seconde, 810 la troisième année, 550 la quatrième et 290 la cinquième année. La redevance du bail était comprise entre 6 et 8 dollars le mille carré. Les sociétés étaient tenues de fournir au ministre les résultats détaillés complets des études géologiques entreprises.[166]

À l'issue de la phase de prospection, les sociétés pouvaient obtenir jusqu'à quatre licences. La superficie totale qui pouvait faire l'objet de concession était de 175 milles carrés, et aucune ne pouvait faire plus d'un mille de large sur 30 milles de long. On fixa à 150 millions de tonnes de houille la quantité de charbon susceptible d'être produite et exportée, outre une quantité supplémentaire de 150 millions de tonnes, aussi longtemps

que cette production supplémentaire ne dépassait pas 30 pour cent des réserves récupérables. Les concessions spéciales d'exploitation houillère seraient en vigueur jusqu'en 2010, avec deux périodes de renouvellement de 21 ans. Elles étaient destinées à servir d'instrument souple et polyvalent propre à couvrir les besoins d'infrastructure, y compris ceux liés au logement et au chemin de fer, ainsi que toutes les facettes de l'exploitation à ciel ouvert.

8.2.1.2 Acheminement et prix du transport

Dans les deux années suivant la première livraison, les sociétés étaient tenues d'installer toutes les machines nécessaires à la production et à l'acheminement d'une quantité ne pouvant être inférieure à 4 millions de tonnes de houille par an. Elles étaient censées apporter la quantité totale de fonds nécessaire au nouveau tronçon de chemin de fer de 142 miles allant jusqu'au port choisi par elles. Cette ligne de chemin de fer, propriété du Queensland qui en assurerait l'exploitation et la construction, aurait une capacité de transport d'au moins 5 millions de tonnes de charbon par an.

Les prix du transport devaient couvrir l'amortissement du capital, les frais d'exploitation et laisser une marge de profits. Ils étaient inversement proportionnels au tonnage et étaient susceptibles d'augmenter en fonction de l'évolution des coûts. Les facteurs à prendre en compte pour déterminer les prix étaient les modifications des coûts des salaires, du matériel et des fournitures, les profits et les éléments économiques liés à l'exploitation du chemin de fer. Les sociétés devaient assumer les risques de «force majeure».

Les redevances dues furent fixées à 5 cents par tonne pendant 42 ans; cette stipulation fut dénoncée unilatéralement par le gouvernement du Queensland en 1974, en réponse à la crise de l'énergie.

8.2.1.3 La réaction du public à la loi

Selon Galligan, «le projet de loi passa hâtivement devant la parlement avec le mépris habituel du gouvernement du Queensland pour l'examen parlementaire.» On ne laissa aux travaillistes qu'une semaine pour étudier le projet. Ce parti n'avait pas les compétences nécessaires pour examiner les termes de l'accord, et les délibérations furent réduites au minimum. On critiqua néanmoins le taux de redevance, jugé trop faible et l'on reprocha l'absence de capitaux locaux.

C'est ainsi qu'on put lire dans un éditorial du *Courier-Mail* : «Il serait certainement plus simple et plus compréhensible pour le public que le montant des redevances fixé soit satisfaisant et qu'il soit possible de négocier le prix du transport sur

cette base. Au demeurant, Utah partageait également ce point de vue car elle préfèrait payer des redevances plus élevées, hautement justifiables et qui lui vaudraient l'estime du public.»[167]

8.2.1.4 Évaluation de la méthode

Les termes de l'accord donnaient davantage d'importance aux efforts de la société qu'à ses résultats. Lors de la négociation de cet accord, «les fonctionnaires de l'État s'inquiétèrent de ce que l'Utah puisse se voir accorder une quantité trop importante de charbon, au détriment de ses propres besoins potentiels dans l'avenir.»[168] La société eut affaire à la fois au ministère des Mines et à celui des Finances. Contrairement à ce qui s'est passé pour d'autres accords de franchise (Indenture Ratification Act, Roxby Downs/Australie du Sud, en 1982, une loi en rapport avec l'exploitation de l'uranium, ainsi que la Greenvale Agreement Act, Queensland, 1970-71), aucune attention ne fut accordée aux problèmes d'environnement.

L'accord de franchise offre une technique d'élaboration de modalités individualisées applicables de façon exécutoire aux permis. Il a l'avantage d'être complet, englobant les dispositions prises avec diverses entités gouvernementales. Toutefois, l'efficacité se ressent des incertitudes attachées à l'avenir. Moins les négociateurs sont à même de prévoir l'avenir avec précision, plus ils insistent pour énoncer les principes applicables aux négociations ultérieures plutôt que les obligations spécifiques à respecter dans l'immédiat par les parties. Dans de telles circonstances, les contrats perdent une partie de leur force, c'est-à-dire l'aptitude à concevoir à l'avance un remède efficace contre l'absence de résultat. Remède qui réduira la probabilité qu'une renégociation des conditions n'engendre l'indignation et ne fasse l'objet de litiges.

Dans le processus d'octroi de concession, l'autorisation ne fait intervenir le public que de façon limitée. En raison de la complexité de la question, il est difficile qu'un débat parlementaire puisse offrir un mécanisme efficace d'examen des conditions négociées entre le gouvernement et une société. Pour évaluer la validité des hypothèses qui sous-tendent l'accord, il faut de solides compétences qui font souvent défaut dans les partis d'opposition. De même, comme dans les cas précités, le délai de préavis offert pour permettre la mobilisation de telles compétences est très limité.

En l'absence de compétences adéquates, les questions qui retiennent l'attention ont trait aux retombées pour le secteur public, aux problèmes qui préoccupent le Trésor, et non aux préjudices que des projets de développement inhabituels à large échelle sont susceptibles de provoquer. Les questions de conception que doit traiter le ministère des Mines reçoivent trop peu d'attention au cours du processus de vérification. Les dispositions relatives au suivi des effets et au réaménagement ultérieur sont inadéquates, étant donné que l'objectif visé est d'accélérer le développement et de

préciser les modalités de mise en place et de financement de l'infrastructure requise. La méthodologie employée suscite peu d'intérêt. Même si le parlement peut protester avec véhémence, il est difficile, voire impossible de réviser les dispositions de l'accord dans de telles conditions, étant donné que les informations auxquelles le public et les instances législatives ont accès sont inadaptées.

Les accords de franchise sont des contrats d'où les remèdes pour l'avenir sont absents, mais qui sont consacrés dans la loi. Comme les conditions du contrat sont rendues publiques et soumises à un débat parlementaire, on s'attend à ce que les deux parties, soucieuses de leur réputation, respectent volontairement les termes de l'accord. De même, lorsque ces derniers sont renégociés, on attend des deux parties qu'elles adoptent une position qui tienne compte de l'opinion publique.

8.2.2 Les permis d'exportation : la délégation du pouvoir normatif aux gouvernements étrangers

8.2.2.1 La mise en conformité avec les exigences de l'étranger

Les Australiens ont également recours à la réglementation par voie de permis dans des domaines qui ont trait au commerce et à l'exportation. Le service d'inspection des exportations a été mis en place par la loi de 1983 sur le contrôle des exportations (Export Control Act), sous l'autorité du *Department of Primary Industry and Energy of Australia*, afin d'assurer que la viande et d'autres produits de base destinés aux marchés d'exportation répondent aux critères fixés par les gouvernements étrangers. Nous examinerons deux exemples : Hallal, ou l'homologation religieuse de viandes destinées aux pays islamiques, et la prévention de «la mise sur liste noire» de produits par le service d'inspection du ministère américain de l'Agriculture (USDA). Ces programmes font appel à l'autohomologation, à la promotion et au suivi, par le gouvernement, de la production industrielle, en vue de limiter les taux de rejets. Ce programme constitue une forme d'autosurveillance.

Les pays exportateurs comme les industries concernées veillent à ce que les producteurs à l'exportation respectent les normes, afin de protéger la réputation de l'industrie et d'assurer la continuité d'accès aux marchés étrangers. En conséquence, tant l'industrie que le gouvernement mènent une politique de surveillance de la conformité. Cette démarche volontaire présente un attrait considérable chaque fois que le marché en jeu est important.

Dans ces cas de figures, les producteurs australiens doivent respecter les normes de diligence raisonnable des pays étrangers s'ils souhaitent exporter leurs biens vers ces marchés. Pour susciter les pressions commerciales qui incitent à la conformité, les

exigences des nations ou des sociétés importatrices figurent dans les spécifications de la commande[169]. On part du principe que les pays souverains ont le droit de déterminer les conditions d'accès à leur marché, et que les sociétés et pays qui cherchent à s'assurer des débouchés sont obligés de les respecter. Puisque la non-observance de ces conditions par un petit nombre de sociétés pourrait compromettre l'accès de toutes les autres entreprises au marché, l'autoréglementation représente un investissement permettant d'établir et d'étendre la pénétration. Dans ces conditions, il y a interdépendance entre les membres de l'industrie : si l'un d'eux ne prend pas les mesures de prévention nécessaires, tous en pâtiront.

Le danger, bien entendu, est que le contrôle des importations devienne une barrière non tarifaire, c'est-à-dire une façon de restreindre la concurrence étrangère. Toutefois, les autorités réglementantes australiennes estiment que ni l'USDA, ni l'homologation Hallal n'ont été utilisées à cette fin.

8.2.2.2 L'homologation Hallal

L'homologation Hallal, qui lie la conformité au droit administratif, a commencé le 1er janvier 1984. L'industrie paie la moitié des coûts d'inspection, et le Commonwealth, l'autre moitié. Cette répartition traduit le fait que tant le producteur lui-même que l'industrie dans son ensemble peuvent tirer avantage ou au contraire pâtir de l'absence de diligence raisonnable. Le système d'abattage musulman supervisé par le gouvernement australien (AGSMS) est administré par le service australien de quarantaine et d'inspection (AQIS) :

> Tout établissement agréé auprès de l'AQIS pour l'exportation de viande peut demander l'autorisation de traiter et d'exporter de la viande Hallal en vertu de l'AGSMS, sur la base d'un programme approuvé par l'AQIS relatif à l'abattage, à la manutention, à la quantification et à la séparation des produits Hallal et non-Hallal. L'accent est mis sur la préservation de l'intégrité des produits pendant tout le processus d'exportation[170].

L'AQIS procède à l'enregistrement et à l'homologation des abatteurs musulmans, supervise l'abattage Hallal, l'identification et le traitement des produits Hallal et, en conjonction avec les instances islamiques australiennes intéressées, délivre les certificats d'homologation Hallal. Une autorité responsable de la commercialisation des viandes et du bétail, l'*Australian Meat and Livestock Corporation*, se préoccupe de l'enregistrement des abatteurs musulmans, de la délivrance des cartes d'identification et de la promotion de la viande australienne Hallal sur les marchés étrangers.

Corrigan (1988) déclare qu'une fois qu'un produit perd le statut Hallal, par contact avec des produits, des animaux ou des personnes non-Hallal, cette perte est

définitive. Un établissement coupable de non-conformité peut voir son agrément AQIS annulé et perdre son homologation Hallal; il pourra être rétabli moyennant des garanties adéquates. Dans les cas extrêmes, l'AQIS peut le rayer des exportateurs autorisés, empêchant l'établissement d'exporter vers quelque marché que ce soit.

Il est possible de faire appel des décisions du Service d'inspection des exportations (EIS) de limiter l'accès des producteurs nationaux aux marchés étrangers, devant le bureau central situé à Canberra et devant le tribunal d'appel administratif. Le montant maximal des amendes pour non-conformité est de 100,000 dollars australiens par infraction, ou cinq années de prison. Toutefois, ce service tend à éviter de poursuivre et d'infliger des amendes, sauf infraction majeure, étant donné qu'il est possible de limiter ou de retirer certains privilèges. Par exemple, l'EIS peut arrêter la production, retirer des permis à l'exportation, confisquer, détruire ou refuser d'expédier des produits, retirer le statut Hallal pendant un certain laps de temps et retirer à une usine l'autorisation d'exportation vers certains marchés étrangers. Les personnes effectuant le conditionnement de la viande à l'exportation détiennent une licence qui peut être retirée; l'AMLC (*Australian Meat & Livestock Corporation*) délivre une licence aux exportateurs de viande, laquelle peut également leur être retirée. L'agence, dans son rapport annuel, fait état des licences révoquées.

Pour comprendre la notion de diligence raisonnable, surtout en regard des différends qu'il peut y avoir entre, par exemple, les normes iraniennes et malaises, il faut un courant constant de communication et de consultation entre le service d'inspection, l'industrie et les organismes islamiques concernant les exigences et le déroulement du programme AGSMS.[171]

Corrigan (1988) rapporte que, depuis sa création, le système AGSMS n'a connu que peu de difficultés. Au début, les problèmes avaient trait au manque de compréhension de l'importance religieuse d'Hallal de la part de non-musulmans : «l'AGSMS a fait preuve d'une grande efficacité, et les recommandations préconisées à l'issue d'un réexamen récent du système ne portaient que sur plusieurs modifications d'ordre administratif visant à conférer à l'AMLC et aux organismes islamiques davantage de responsabilités concernant, respectivement, les aspects commerciaux et religieux.» Il note que pratiquement tous les États islamiques dans le monde ont accepté le système et que l'homologation Hallal bénéficie d'une haute réputation d'intégrité. Corrigan considère également qu'il est possible de s'accommoder sans trop difficulté de la plupart des exigences des pays étrangers en matière de règlement.

Pour qu'un service d'inspection des exportations soit à même de remplir avec efficacité sa mission visant à garantir la qualité des produits autorisés à l'exportation, les autorités réglementantes doivent non seulement être très au fait des réglementations étrangères, mais également de leurs procédures de mise en application. Il est nécessaire d'entretenir des contacts étendus avec les agents réglementaires étrangers et

de s'entendre avec eux sur des ajustements mutuels. Le service d'inspection a besoin d'informations sur les taux de rejet des produits autorisés à l'exportation, car la réduction du taux de rejet est l'un des objectifs très spécifiques de la réglementation.

8.2.2.3 L'incidence des normes étrangères

Pour avoir accès aux marchés américains, les producteurs australiens ont également dû comprendre l'importance d'une communication constante afin d'acquérir et d'affiner les connaissances liées aux impératifs à respecter et à leur justification. Le ministère américain de l'Agriculture dispose d'agents permanents en Australie. Il envoie également des enquêteurs qui peuvent se rendre à l'improviste dans un pays ou dans ses installations afin de vérifier les activités des entreprises - en l'occurrence, pour évaluer le fonctionnement du service d'inspection des exportations ou d'une entreprise donnée.[172]

L'Australie a connu une vague de protestations considérable de la part des consommateurs parce que la viande destinée à l'exportation aux États-Unis doit répondre à des normes plus strictes que pour le marché intérieur. Le public s'inquiète de ce que les producteurs auxquels on a refusé l'accès au marché d'exportation en raison des insuffisances de leur système interne de contrôle obtiennent l'autorisation de vendre des produits de qualité inférieure sur le marché national, plutôt que de se voir tout simplement interdire d'exercer. Des groupes consultatifs de l'industrie font la promotion de la maîtrise de la qualité, afin de répondre aux préoccupations engendrées par les différences de normes.[173] Par exemple, le comité consultatif de l'industrie de la viande, qui englobe certains secteurs d'activités, l'AMLC et le CSIRO (l'organisation du Commonwealth pour la recherche industrielle), de même que le ministère se réunissent une fois par trimestre. Tous les opérateurs, sauf les plus petits, qui ne sont qu'une faible minorité, sont représentés au sein des associations d'industries.

8.2.2.4 Évaluation de la méthode

L'étude des permis d'exportation faisant appel à des normes étrangères révèle l'importance du rôle que jouent les privilèges en tant que moyen d'incitation à la conformité et à l'autosurveillance. Lorsqu'il est notoire qu'une société X, concurrente d'une société Y, ne parvient pas à maîtriser la qualité de ses produits, la réputation des produits de Y peut s'en ressentir. Dans de telles circonstances, on assistera vraisemblablement à une autoréglementation de la part de l'industrie. L'efficacité de la réglementation et la volonté de s'engager dans un suivi efficace de la conformité ont de bonnes chances d'être proportionnelles à l'importance des privilèges susceptibles d'être perdus.

De même, s'agissant de la réglementation gouvernementale, il est probable que plus le nombre et la diversité des privilèges qu'il est possible de supprimer ou dont on peut limiter l'accès sera élevé, plus elle sera efficace. L'obstacle majeur que présente le recours aux permis tient au fait que lorsque la gamme des privilèges est limitée et peu différenciée, et lorsque les conséquences d'un éventuel retrait pour une firme ou ses concurrents sont minimes, la sanction du retrait est rarement appliquée. En conséquence, ce moyen d'incitation, en soi relativement puissant, n'aura que peu de valeur pour susciter la conformité. Néanmoins, quand le retrait de privilège peut avoir des effets secondaires étendus et lorsqu'un organisme réglementaire n'a que peu de moyens de négociation avec ses homologues étrangers, on peut s'attendre à ce que la conformité aux normes et le suivi des effets soient observés.[174]

8.2.3 Le consommateur, ses doléances et sa protection

Nous avons relevé ci-dessus que les Australiens étaient préoccupés du fait que les agents réglementaires ont beaucoup plus de poids et donc une plus grande aptitude à faire observer les normes pour les marchés d'exportation que sur le marché intérieur. Il est donc plus difficile de protéger les consommateurs nationaux à l'égard des produits nationaux à que des produits étrangers, et les consommateurs étrangers à l'égard des produits nationaux. Cette contradiction transparaît dans plusieurs types de réglementation. On peut citer, comme exemple, la réglementation des produits pharmaceutiques en Australie, qui repose sur le pouvoir d'inspecter les produits importés et d'imposer des conditions. Puisque pratiquement toutes les matières premières sont importées, puis servent à élaborer les médicaments en Australie, les restrictions à l'importation confèrent au ministère de la Santé un pouvoir considérable. En revanche, il est plus difficile de s'assurer que des négociants peu scrupuleux respecteront les normes sur le marché intérieur, et une grande partie des activités de réglementation consiste à concevoir des solutions visant à apaiser les protestations des consommateurs, c'est-à-dire à «calmer le jeu».[175] Les politiciens se préoccupent davantage de calmer les esprits que de restructurer le marché intérieur, de telle sorte que les systèmes de contrôle interne des entreprises sont mieux à même d'assurer un niveau élevé de maîtrise de la qualité.[176] Puisque l'accent est mis sur l'apaisement des protestations, la médiation entre les entreprises individuelles et les consommateurs se taille la plus grande part des moyens en matière de réglementation, non seulement en Australie, mais également aux États-Unis, et c'est dans le domaine des relations avec les consommateurs que les initiatives alternatives de réglement des conflits ont connu le développement le plus large.

8.2.3.1 La médiation : l'approche au cas par cas pour le règlement des problèmes

La médiation, qui peut être une approche de la réglementation efficace pour régler des litiges individuels (il y a d'ailleurs une éclosion du système de justice de voisinage[177]), exige beaucoup de moyens. En se focalisant sur une approche en cas par cas, on accorde trop peu d'attention à l'identification et à l'étude des schémas de non-conformité. En outre, la publicité donnée aux résultats des enquêtes risque de conférer aux organismes de défense des consommateurs de la communauté une renommée telle que cela engendre un regain de plaintes. En d'autres mots, lorsque l'investigation fait apparaître les causes profondes, le nombre de plaintes augmente, mettant à contribution les ressources disponibles.

Les ministères de la Consommation supposent généralement que la plupart des entreprises «sont honnêtes et justes et s'efforcent de faire ce qu'il faut ...».[178] Ils s'efforcent surtout d'apprendre aux consommateurs à régler leurs problèmes et à considérer l'agence comme un moyen à n'utiliser qu'en dernier ressort, lorsqu'ils se trouvent dans une impasse. Il n'est pas surprenant, vu cette position, que la médiation soit considérée comme la méthode privilégiée.

Toutefois, régler des cas individuels et redresser les pires dommages ne contribue en rien à restructurer les relations entre les entreprises et les consommateurs dans le sens d'une atténuation des difficultés. La médiation n'arrive pas à prévenir ni à atténuer plus efficacement les préjudices. Les programmes de sensibilisation sont là pour jouer ce rôle, pour donner aux gens les moyens de se protéger eux-mêmes.

Dans les programmes de médiation, l'accent est mis sur l'obtention des compensations financières que les victimes réclament, de façon à atténuer le préjudice. Toutefois, ce processus ne s'attarde pas sur la source de ce préjudice. La médiation donne une impression d'équité parce qu'elle expose le cas au grand jour et qu'il est supposé que le problème «peut être réglé d'un coup, en payant une somme d'argent plutôt que par des changements complexes de comportements des parties qui s'opposent».[179] L'application d'une solution acceptable pour la victime ne réduit donc pas la probabilité que d'autres soient victimes à leur tour. La principale force de la médiation réside plutôt dans son utilité quant à l'identification de la ligne de conduite acceptable pour la victime sans pour autant être inacceptable pour le créateur de risque. Le litige est traité comme une affaire privée entre les parties; il est présumé que les effets secondaires seront minimes.

8.2.3.2 L'analyse des plaintes de consommateurs : une pierre dans le jardin des industries

Des entretiens avec Grabosky et Braithwaite nous permettent de faire une comparaison entre l'approche au cas par cas et celle adoptée par les unités chargées des enquêtes et de la mise en application des normes au sein des services de protection du consommateur, qui sont confrontés à une législation incomplète. Avec le temps, la législation s'est construite par réaction aux protestations les plus récemment exprimées, comme les ventes pyramidales, les coupons échangeables et la publicité mensongère. «C'est du rapiéçage, et les failles sont nombreuses ... [En même temps,] il existe d'autres types de conduite pour lesquels la législation n'a pas suivi ...»[180] En conséquence, l'autorité légale nécessaire pour régler les problèmes est souvent inadéquate, et les préjudices qui mériteraient d'être examinés ne sont pas clairement définis.

S'agissant de déterminer les domaines d'actualité où des mesures correctrices sont nécessaires, les autorités réglementaires sont largement tributaires des cas qui sont portés à leur connaissance par les associations d'aide juridique ou de crédit à la consommation, les services juridiques ou les groupes «de surveillance du travail». Ceux-ci apportent les informations que les responsables de la médiation des conflits ne peuvent examiner parce qu'ils sont trop occupés. Après avoir identifié les problèmes, on recherche des informations dans les services ayant des responsabilités analogues. Il s'agit surtout de réunir et de porter à la connaissance du public les informations relatives à une conduite contraire à l'éthique au sein d'industries spécifiques, et de dresser la liste de celles qui devraient mettre au point des systèmes internes de limitation plus efficaces. On demandera vraisemblablement aux industries de prendre des mesures pour ramener la confiance dans le public et faire taire les protestations, et des pouvoirs légaux seront parfois accordés pour éliminer les causes les plus récentes de protestation.

Une des fonctions essentielles des enquêtes est de convaincre les opérateurs d'un secteur qu'ils pourraient avoir avantage à se structurer et à restreindre la marge accordée à leurs membres. Par contraste, la médiation ne parvient pas à faire prendre conscience au public à quel point une industrie cherche à répondre à ses préoccupations. Elle peut toutefois réduire la nécessité de recourir à des moyens légaux face aux protestations les plus récentes.

8.2.3.3 L'octroi de licences comme moyen d'obtenir des pratiques commerciales équitables

Il est possible de promouvoir l'octroi de licences en tant que technique pour rétablir la confiance du public. On exerce ainsi un certain contrôle destiné à

responsabiliser. La délivrance positive de licences, qui constitue une réponse de l'industrie aux préoccupations du public, est une forme d'autoréglementation dont les effets sont susceptibles de freiner le libre jeu de la concurrence. C'est pourquoi, en Australie, ces pratiques doivent recevoir l'approbation de la Commission sur les pratiques restrictives du commerce.

Utilisé de façon négative, le système des licences peut servir à empêcher les négociants particulièrement peu scrupuleux d'exercer leurs activités dans un secteur industriel; tel est l'usage qui en est fait au Royaume-Uni par la commission de surveillance des transactions commerciales (UK-X-a-2); en Australie du Sud, le commissaire chargé des affaires intéressant les consommateurs y a eu recours (Au-X-a-7). La Grande-Bretagne exige des garanties[181] afin d'éviter, par exemple, les récidives en matière de publicité mensongère. Le non-respect de ces garanties peut entraîner des injonctions du tribunal ou le retrait de la licence. Toutefois, ces garanties visent à prévenir les préjudices futurs plutôt qu'à atténuer les effets du passé; elles symbolisent l'engagement d'abandonner des comportements inacceptables; en revanche, la *Federal Trade Commission* américaine recourt à des ordonnances de consentement en vue de remédier aux problèmes dus à la gestion et d'ordonner des changements, comme par exemple l'amélioration d'un système de traitement de l'information (US-X-a-8). En l'occurrence, l'accent est mis sur l'atténuation et la prévention des préjudices par la refonte structurelle.

8.2.3.4 Résumé

L'étude des pratiques en vigueur en Australie en matière de protection des consommateurs permet de mettre en lumière certains des problèmes associés à l'analyse au cas par cas et à une approche des problèmes de réglementation qui met l'accent sur l'indemnisation des victimes. Cette démarche peut permettre de résoudre un conflit sans que ne soit portées à la connaissance du public les informations nécessaires à une prévention plus efficace et sans empêcher la réapparition de comportements illégaux. Submergés de plaintes, les agents de protection des consommateurs sont moins à même d'identifier les schémas de non-conformité.

S'agissant du diagnostic des problèmes, la première étape que l'agent réglementaire doit aborder concerne la conception de stratégies efficaces de prévention et d'atténuation des préjudices. En cas de plainte des consommateurs, la médiation est un outil servant à résoudre les problèmes individuels, mais elle est d'un emploi coûteux et contribue relativement peu à la réalisation des objectifs réglementaires.

8.2.4 L'octroi de dérogations par les autorités publiques : la Commission australienne sur les pratiques du commerce

8.2.4.1 Les pratiques restrictives de la concurrence contre les avantages pour la collectivité

La Commission australienne sur les pratiques du commerce a le pouvoir d'autoriser certains actes qui, autrement, seraient en violation des lois sur les pratiques commerciales. Par cette autorisation, le créateur de risque obtient l'immunité contre les recours en justice, l'argument avancé étant que les effets contraires au libre jeu de la concurrence que leur conduite pourrait avoir sont moins importants que les avantages pour la collectivité. Il est interdit de délivrer de telles autorisations dans des situations où des abus risquent de déboucher sur une position dominante sur le marché, la fixation des prix de revente ou de prix discriminatoires, ou des ententes sur les prix.

Lorsqu'elle décide d'accorder ou non une autorisation, la Commission doit mettre en balance les effets néfastes d'une conduite particulière sur la concurrence et les avantages directs qui en découleront pour la collectivité. [182] La Commission, qui cherche à obtenir une aide afin de réaliser cette évaluation, invite les parties intéressées, partisans ou adversaires, à lui faire des propositions. Il ne s'agit pas de camps bien définis : la Commission envoie son projet pour observations contradictoires aux entreprises concurrentes, aux groupements de consommateurs et à toutes les parties susceptibles d'être directement intéressées. Tous sont invités à donner leur avis sur la demande d'autorisation, les concurrents et les entités exposées ayant ainsi l'occasion de formuler leurs commentaires et leurs critiques à l'égard des hypothèses, des prévisions et des recommandations. Une procédure d'audience sur dossier est ouverte pour l'examen des justifications avancées pour accorder une dérogation à la réglementation.

Lorsqu'il s'agit pour elle d'accorder ou de refuser une autorisation, la Commission procède tout d'abord à la publication d'un projet de décision sur lequel les parties intéressées peuvent soumettre leurs observations. De même, toute partie intéressée a le droit de demander que la Commission tienne une conférence prédécisionnelle. Si une conférence est demandée, toutes les parties intéressées sont averties et invitées à y participer. Des efforts sont faits pour que les conditions négociées répondent aux préoccupations qui sont exprimées. Tous les tiers étrangers aux parties intéressées, en particulier la presse ou les universitaires, sont spécifiquement exclus de toute participation à la conférence en raison de l'influence que leur présence pourrait avoir sur les positions exprimées. Une demande de réexamen de la décision définitive de la Commission peut être introduite auprès du tribunal du commerce.

Dans son bulletin, la Commission sur les pratiques du commerce indique que «sous réserve de clauses de confidentialité, les demandes d'autorisation ... ainsi que les

propositions soumises par les parties intéressées, de même que la décision de la Commission et ses justifications, sont consignées dans un registre accessible au public pour consultation.» Ainsi, la presse et les universitaires ont accès aux demandes et aux réactions des parties directement intéressées.

8.2.4.2 L'absence de contrôle

La Commission insiste sur la distinction faite entre les avantages pour la collectivité et les avantages privés en appliquant en principe cinq critères, tous économiques :

- prix moins élevés;
- meilleure sécurité d'approvisionnement;
- amélioration nette du nombre et/ou de la qualité des emplois
- diminution des taxes et des primes; et
- position plus favorable de la balance des paiements.

L'application de ces principes est toutefois sporadique. En outre, comme Penguilly le fait remarquer : «Il est notoire que les améliorations d'efficacité et les économies annoncées, parfois à grand bruit, comme devant résulter des fusions envisagées sont souvent restées lettre morte.» Il est surtout difficile de déterminer dans quelle mesure «les économies annoncées sont susceptibles d'être répercutées sur le consommateur.»[183] Bien qu'elle puisse annuler des autorisations si les avantages escomptés ne sont pas réalisés, la Commission ne procède à aucun contrôle de cet ordre. Faute de suivi des effets, des torts imprévus susceptibles d'être redressés échappent à toute détection. En revanche, le processus de renouvellement d'une autorisation est le plus souvent lié au dépôt d'une plainte, généralement formulée par un concurrent ou une organisation de consommateurs.

Lorsqu'on ne cerne pas bien la nature des avantages susceptibles de découler pour la collectivité, il faut disposer de systèmes préventifs de surveillance et de mise en application, permettre l'accès du public aux données recueillies et entreprendre l'évaluation de ces données. Pourtant, «la Commission n'aime pas revenir sur des décisions. Les critères font défaut ... L'une des raisons pour lesquelles il est difficile d'amener la Commission à imposer des conditions/à exiger des engagements tient au fait que ses membres sont en désaccord sur le degré de légalisme et de détail de ces conditions.»[184]

Dans le processus d'autorisation actuel, l'accent est mis sur la définition des avantages, non sur les garanties de les voir se réaliser. Si l'on veillait davantage à définir les principes qui gouvernent la conception des remèdes préventifs et correctifs apportés aux préjudices, on serait mieux assuré de voir ces bénéfices se concrétiser.

Bien qu'elle manque de moyens de surveillance efficaces, la Commission pourrait assujettir les autorisations qu'elle délivre à des exigences qui imposeraient aux bénéficiaires de rendre compte au moins une fois par an pour indiquer dans quelle mesure les avantages supposés pour la collectivité se sont concrétisés. Ces positions seraient rendues publiques et pourraient être constestées. Une telle auto-évaluation, assortie de peines importantes en cas de fausse déclaration et de défaut de résultat, pourrait s'avérer plus efficace que les procédures actuelles.

8.2.4.3 Les effets de la participation du public

L'autorisation devient un important facteur d'encouragement pour les firmes privées lorsque leurs activités sont susceptibles d'être en violation de la loi, parce que la plupart des institutions financières l'exigent comme condition d'octroi d'un crédit. Par suite de cette exigence, la Commission reçoit un nombre accru de demandes, dont un grand nombre inutiles, elle en retire des informations sur les activités d'un grand nombre de créateurs de risque susceptibles de contrevenir à la loi.

La nature publique de la procédure d'octroi de dérogations présente un certain nombre d'avantages. Le premier est que la Commission n'a pas les connaissances techniques souvent nécessaires pour évaluer efficacement le bien-fondé d'une demande de dérogation. Les observations formulées sur la proposition initiale et sur le projet de décision par les parties qui disposent effectivement de ces connaissances servent à redresser les inexactitudes. Ce rôle s'apparente à celui que jouent les travailleurs dans l'évaluation des études techniques proposées par des ingénieurs de la sécurité dans le cadre du programme CPP.

Les conférences auxquelles participent les parties intéressées occasionnent fréquemment d'intenses frictions dues à des conflits d'intérêt, mais elles offrent une occasion de confronter les arguments. Puisque la fonction du commissaire est d'améliorer la qualité du projet de décision grâce aux échanges de vue, non de servir de médiateur dans des conflits d'intérêt, il arrive en fait que les audiences exacerbent les divergences et rendent plus probable un recours en appel. Lorsque la Commission rejette un point de vue puissamment étayé, cela peut intensifier l'indignation suscitée par la décision rendue. En dépit de cette possibilité, les audiences sont un moyen relativement économique d'entendre et de mettre au jour les intérêts en présence. Dans ce processus, chaque partie peut exposer sa version et faire subir à l'autre un «contre-interrogatoire» sans l'assistance d'avocats. Les parties seront davantage enclines à suivre les effets - ce que la Commission ne peut faire faute de moyens financiers - contribuant ainsi à détecter les préjudices résultant des dérogations.

8.2.4.4 Évaluation de l'approche

Le problème majeur qui se pose avec les dérogations, comme le relève si justement Penguilly, vient de ce que la Commission traite exclusivement les autorisations au cas par cas. Aucune attention n'est accordée à la détection des grandes tendances méritant une étude systématique et, comme l'a noté Baar (1987b), la réglementation n'est pas structurée en conséquence.

Il ressort de l'examen des procédures de dérogation exposées au chapitre 6 que celles-ci ne se sont pas avérées un moyen efficace d'engendrer des avantages pour la collectivité, comme l'accroissement des investissements dans des techniques novatrices de limitation de préjudices. Ce chapitre soulignait l'importance du suivi des effets pour que les dérogations puissent prétendre à une certaine légitimité; si les avantages obtenus servent des intérêts privés et non ceux de la collectivité, certaines entreprises seront favorisées par rapport à leurs concurrents. On peut supposer que chacun, dans une situation de concurrence, surveille soigneusement le comportement des autres; mais cette hypothèse a peu de chances de se vérifier étant donné les restrictions d'accès aux informations et une attitude frileuse privilégiant le rendement et les profits au détriment d'une attitude plus conquérante à l'égard des parts de marché. On peut en déduire que la concurrence ne remplira habituellement pas les fonctions de contrôle externe. Toutefois, mobiliser les concurrents en leur demandant leur avis en cas de dérogation peut aider à surmonter les obstacles et s'avérer bénéfique.

8.2.5 Le système des commissions d'enquête en Grande-Bretagne et en Australie

8.2.5.1 La procédure

C'est au Royaume-Uni que sont nées les premières commissions d'enquête. Une loi de 1848, le Public Health Act, donnait au ministre de la Santé le pouvoir de nommer des inspecteurs chargés de mener des enquêtes publiques.[185] Il s'agissait d'inspecteurs spécialisés, non d'hommes de loi chargés de recueillir des faits et d'évaluer sur place les arguments mis en présence; ils adressaient ensuite au ministre des recommandations sans caractère exécutoire. Ce type d'enquête a révolutionné la conception des systèmes hydro-électriques au Royaume-Uni.

Les commissions d'enquête permettent au public d'assister au débat et d'y prendre part. Elles ne sont pas tenues de respecter strictement le droit de la preuve et admettent donc de simples opinions ou des informations de toute nature; elles peuvent néanmoins demander à entendre des témoins ou à obtenir certains documents.[186]

Au Royaume-Uni et en Nouvelle-Galles du Sud, il est demandé aux commissaires d'enquêter sur des questions controversées de planification et d'environnement. Une commission peut être instituée à la demande du public. En Australie, on peut désigner un ou deux commissaires, et le public doit être averti des audiences deux ou trois semaines à l'avance. Les commissions font l'objet d'une large publicité et se tiennent aussi près que possible du foyer de la controverse. En Australie, les décisions peuvent être portées en appel devant la *Land and Environment Court*. Au Royaume-Uni, les ordonnances font l'objet d'un examen judiciaire. En l'occurrence, les enquêtes ne servent plus qu'en dernier ressort, lorsque les conflits entre les promoteurs et les communautés ne peuvent être résolus d'une autre façon. Il est interdit au ministre d'agir avant d'avoir reçu le rapport du président de la commission.

Il est rare que les commissaires autorisent les contre-interrogatoires; toutefois ceux-ci peuvent avoir lieu entre experts convoqués comme témoins. Il s'agit d'abord de dissiper l'indignation par une audience qui aille au fond des choses. Une audience comporte quatre parties :

- soumissions ou observations;
- réception des premières positions;
- questions et réponses; et
- conclusions.

Les demandes de protection du caractère confidentiel sont traitées lors de la première phase. Les membres de la commission limitent au maximum les informations à caractère confidentiel, car autant d'informations que possible sont rendues publiques. Les questions et les réponses sont échangées par écrit, et toutes les réponses sont diffusées à tous les participants. Il n'y a pas de transcription, mais un procès-verbal complet est établi à l'aide des documents fournis par les participants, y compris les questions et réponses écrites. Le commissaire-enquêteur, qui ne dispose pas de l'aide de recherchistes, doit formuler à nouveau la position de chacun des témoins afin d'éviter tout malentendu.

8.2.5.2 Conclusions et recommandations

Le commissaire-enquêteur rend compte au ministre des problèmes et de leurs répercussions et présente des conclusions et des recommandations. L'accent est mis sur la définition des conditions permettant d'établir un consensus. Les commissaires-enquêteurs ne recommandent généralement pas le rejet pur et simple d'un projet. Dans les affaires touchant au patrimoine national australien, il s'agissait notamment de savoir s'il était possible de préserver un site sans que la charge financière à supporter ne soit trop lourde; il est très important de s'assurer que les conditions vont être respectées.

Les conditions liées au consensus sont définies au cas par cas. Par exemple, dans un contrat passé entre la Commission de contrôle de la pollution d'un État et les promoteurs d'un projet, on précisera les conditions que ces derniers doivent remplir pour obtenir une licence. La perspective d'avoir à nouveau besoin de licences et le risque de tomber sous le coup d'une ordonnance d'interdiction constituent un encouragement à respecter les conditions liées au consentement.

Les commissions d'enquête sont un moyen efficace de cerner les problèmes litigieux. On part de l'hypothèse que le client est la collectivité, non le ministre. La tâche du commissaire-enquêteur est de rendre un avis en s'appuyant sur les ressources de la communauté et sur les compétences de ses membres. L'avis fourni au ministre doit rendre compte de toutes les nuances d'opinion et de tous les faits. Aucune position n'est écartée par défaut d'attention. Ce processus démontre donc le respect pour les membres d'une communauté en favorisant l'équité de la procédure. Un rapport peut être retardé avec le consentement des parties, lorsqu'une politique est en cours de réexamen par les pouvoirs publics.

Les recommandations doivent tenir compte des hypothèses les plus pessimistes avancées par les adversaires; elles doivent proposer des mesures par lesquelles l'auteur du projet s'engagerait à verser des compensations et des dédommagements en cas de préjudice. L'instrument de consentement légal englobe une série de conditions, dont certaines susceptibles d'être peu appréciées par l'auteur du projet. Elles ont pour but de donner aux adversaires une plus grande certitude que des mesures adéquates de protection seront prises au cas où le pire scénario se réaliserait. Auparavant, en Nouvelle-Galles du Sud, on disposait d'un résumé des propositions, mais il a été remplacée par un résumé des problèmes. Cette présentation simplifiée a été adoptée afin de faciliter la compréhension des lecteurs, face à des cas dont la complexité ne cesse d'augmenter. Les gens doivent comprendre les propositions qui sont formulées et leurs justifications, quelle que soit la complexité du problème.

Le gouvernement de la Nouvelle-Galles du Sud s'est passé à quatre reprises en dix ans d'une étude d'impact sur l'environnement. Le monorail de Sydney en est un exemple. Selon Alan Gilpin, commissaire-enquêteur pour le service de protection de l'environnement de Nouvelle-Galles du Sud, le ministre n'a rejeté, en six ans, qu'un ou deux rapports soumis par ses homologues, parfois par des raisons politiques, et, dans 99 pour cent des cas, les rapports ont été suivis d'effet. Au Royaume-Uni et en Nouvelle-Galles du Sud, l'application des recommandations est à la discrétion du ministre. En revanche, en Australie de l'ouest, il n'est pas permis au ministre d'agir dans un sens qui ne serait pas conforme aux résultats de l'enquête.

Il est possible de concevoir des conditions qui répondent à toutes les objections. Dans trois des cas cités par Gilpin, les auteurs ont retiré leur projet parce qu'ils ne pouvaient pas répondre à une question du type : «Si vous prenez du sable de la baie à

des fins industrielles, qu'arrivera-t-il aux plages ?» Gilpin déclare : «J'insiste pour que toutes les initiatives soient consignées par écrit.»[187]

8.2.5.3 Garantie de conformité

Lorsque les conditions visent à assurer une remise en état, les entreprises australiennes candidates doivent effectuer un dépôt de garantie suffisant pour réhabiliter le site au cas où elles feraient faillite. En outre, les processus utilisés accordent de l'importance à l'approbation conditionnelle. Une firme est encouragée à respecter pleinement les conditions fixées parce qu'elle sait que la prochaine fois qu'elle demandera un permis, on vérifiera ses antécédents. C'est ainsi qu'une exploitation minière qui souhaite obtenir une licence doit faire la preuve qu'elle a respecté par le passé les conditions fixées. Elle est donc encouragée à s'y conformer. «Une réputation de fiabilité est essentielle pour une firme qui veut avoir des perspectives d'avenir».[188]

En cas de violation des conditions attachées à la licence, le service responsable entamera des poursuites assorties de peines alourdies. L'incapacité de réhabiliter un site entraîne la perte du dépôt de garantie. Il existe toute une panoplie de remèdes. Par exemple, en Nouvelle-Galles du Sud, la commission chargée du contrôle de la pollution dans cet État est l'organe responsable de la mise en application des recommandations approuvées par le ministre; elle accorde des licences et, en cas de violation, entreprend des poursuites. Parmi les instruments à sa disposition figure la révocation des licences, qui entraîne une interdiction de poursuivre des activités. Le ministre a également le pouvoir de fermer une entreprise. Le poids de l'opinion publique a également un puissant effet dissuasif.

8.2.5.4 L'évaluation de l'approche

Il existe un réel danger, dans ce processus, que les commissions développent un cadre qui reflète les théories prévalant chez les professionnels de la planification, sans volonté réelle de remettre en question les hypothèses sur lesquelles reposent ces théories. Dans ce cas de figure, qui s'est notamment produit dans l'État de Victoria, la légitimité du processus est compromise, ce qui risque d'attiser plutôt que d'apaiser les protestations de la population. Pouvoir exposer son cas n'est pas suffisant, encore faut-il que les opinions exprimées aient été correctement entendues, traitées avec sérieux et que l'issue réponde aux préoccupations exprimées. Si un cadre inadéquat provoque le sentiment qu'il y a eu distortion, le système des commission d'enquête ne parviendra plus aussi efficacement à désemparer le sentiment d'injustice.

Il est important d'effectuer une comparaison entre le système de commissaire-enquêteur et l'utilisation, aux États-Unis, d'autres moyens de résolution des litiges. Dans

les deux cas, il est fait appel à un expert comme tierce partie neutre. Dans le cas du commissaire-enquêteur, la partie neutre est un fonctionnaire civil; dans le modèle américain il vient du secteur privé. Dans le cas de la Grande-Bretagne ou de l'Australie, la partie neutre doit avoir la totale confiance du ministre. Aux États-Unis, même si l'EPA avalise la partie neutre et reconnaît ses compétences, la relation entre l'agence et le médiateur doit conserver une certaine distance, pour que leur jugement soit digne de foi. Une telle relation est jugée essentielle au caractère d'équité.

Pour chacun des cas, les parties exposent leur version des faits et écoutent celle des autres dans le souci de mieux cerner les sources de litiges et les éléments prioritaires qui feront la différence entre les solutions acceptables et les solutions inacceptables. Toutefois, ce processus a un caractère privé dans le premier cas, et public dans le second. Plus précisément, les preuves et les conclusions factuelles sont rendues publiques en Grande-Bretagne ou en Australie, mais non aux États-Unis, les premières appliquant une définition étroite alors que la notion est beaucoup plus large pour les seconds. De telles différences changent fondamentalement le processus.

Aux États-Unis, les parties reçoivent une opinion à caractère consultatif sur les mesures à prendre. En Grande-Bretagne et en Australie, le ministère reçoit un avis sur les méthodes que le secteur privé devrait suivre afin d'assurer la protection de l'intérêt de la collectivité, et sur les conditions qui devraient accompagner l'octroi d'un permis. Habituellement, le ministre accepte l'avis rendu et les obligations acquièrent force de loi. Dans le système américain, il est moins fréquent que les avis émis soient entérinés.

Toutefois, dans ces deux types de système, la mise en application peut s'avérer incomplète. Dans les systèmes britannique et australien, il y a publicité des obligations, les remèdes envisagés sont plus clairement abordés et les mesures incitatives sont explicites. Le degré de suivi des effets instaurés est plus élevé qu'aux États-Unis. Dans le système américain, il n'est pas nécessaire de définir publiquement les obligations, il est plus rare que des remèdes soient envisagés et les obligations sont mentionnées dans les contrats privés plutôt qu'en tant que conditions à la délivrance de permis.

Le caractère plus ouvert de l'approche britannique et australienne est fort méritoire. Plus important encore, il permet un large accès aux informations relatives au risque, à la nature des obligations imposées pour réduire ce risque et aux éléments indiquant si les obligations ont été respectées et ont produit les effets recherchés.

8.2.6 Conclusions sur la délégation du contrôle réglementaire

Le présent chapitre est centré sur les différentes approches en matière de délégation d'éléments du pouvoir réglementaire au créateur de risque, et sur les organismes de tutelle, les entités exposées et les parties neutres du secteur privé. On y

a également abordé le partage du pouvoir servant à définir la notion de diligence raisonnable et les méthodes visant à assurer que les pouvoirs délégués ont été employés à diminuer efficacement les préjudices. On peut en résumer ainsi les conclusions :

8.2.6.1 Récapitulatif des approches

L'homologation Hallal confère au gouvernement du pays exportateur la responsabilité de veiller à ce que ses entreprises respectent le cadre prescrit par l'importateur. Pour que l'entreprise exportatrice soit en mesure de se conformer, l'importateur et/ou celui qui, dans le pays exportateur, ont une connaissance approfondie des règlements et de leur justification, endossent le rôle d'interprètes/traducteurs et de pédagogues. Lorsqu'ils possèdent le sujet à fond, le gouvernement du pays exportateur et l'association des producteurs reprennent à leur compte le rôle de pédagogue et de conseiller vis-à-vis du producteur. Par ailleurs, le gouvernement du pays exportateur évalue les compétences et les résultats. Le pays importateur fait également une évaluation des résultats, apportant à son tour des informations au pays exportateur sur les mesures d'amélioration à prendre par les producteurs.

Pour le système de commission d'enquête, l'autorité réglementante a la responsabilité de faciliter l'interprétation/traduction des règles légales prescrites en les expliquant aux entités qui y seront exposées et d'identifier les réactions négatives que ces exigences sont susceptibles de créer. Il incombe au commissaire d'identifier les raisons pour lesquelles les exigences sont inacceptables et de proposer des amendements afin d'atténuer le sentiment d'injustice. Dès lors, les exigences légales acquièrent une meilleure légitimité et il en ressort une définition sur mesure de la notion de diligence raisonnable.

Le commissaire-enquêteur assume en outre souvent un rôle supplémentaire de concepteur des remèdes préventifs. Déterminer la capacité du créateur du risque à atténuer les dommages, veiller à ce que les garanties soient respectées et faire l'inventaire préventif des lignes de conduite à adopter en cas de préjudice excessif, telles sont souvent les étapes critiques de réparation des préjudices. Les commissaires servent d'antidote à la surréglementation; le créateur de risque jouit par conséquent d'une liberté plus grande que celle à laquelle il pourrait prétendre dans d'autres circonstances.

Le processus d'autorisation de la Commission sur les pratiques du commerce, comme le système de commissaire-enquêteur, représente une forme de protection contre les risques de surréglementation. La commission détient la responsabilité d'informer les parties intéressées de propositions visant à réduire les exigences légales imposées à un créateur de risque donné, en principe pour le bien de la collectivité. Les parties intéressées jouent un rôle de conseiller auprès de la commission et apportent leurs

connaissances pratiques aux personnes chargées d'évaluer si les propositions méritent d'être autorisées, et les conditions qu'il faudrait imposer au créateur du risque. De ce fait, les entités exposées sont en mesure de donner leur avis sur la mise au point des définitions individualisées de la notion de diligence raisonnable. Cette procédure peut permettre d'éviter les protestations en cernant mieux cette notion; toutefois, le sentiment d'injustice risque de prendre des proportions si les avis dispensés ne sont pas suivis.

L'accord de franchise attribue aux agents réglementaires et au créateur de risque une double responsabilité, celle de définir un ensemble adéquat d'obligations destiné à régir leur relation. Toutefois, en raison des effets secondaires de très grande envergure, le parlement est autorisé à évaluer les conditions de l'accord et à entériner leur mise en application. En outre, les amendements doivent être soumis à son examen et à son approbation. Cette stratégie vise à éviter de créer l'impression qu'il y a eu collaboration et à réduire le potentiel de réactions négatives à l'accord.

Le régime des transactions sur les permis d'émission (le système des «bulles») met l'accent sur la partie initiale du processus de réglementation, et en ignore la partie finale. Les agents réglementaires définissent les normes de résultat minimales et évaluent dans quelle mesure un créateur de risque donné excède le minimum; ils autorisent également le recours à des crédits. En l'occurrence, les agents réglementaires assument une partie du rôle d'évaluateur. Il n'y a pas de suivi des effets et les agents réglementaires n'endossent aucune responsabilité dans la mise au point des solutions requises. La définition des modalités de respect des normes minimales incombe aux créateurs de risque. Ces derniers peuvent participer à la mise au point de normes de résultat minimales, mais ils sont exclus du reste du processus. En conséquence, des litiges surgissent dès que l'on constate qu'il y a sous-réglementation.

8.2.6.2 Le choix des participants dans un système ouvert de réglementation

Ces exemples amènent à comprendre le rôle des parties concernées par le processus de réglementation et les raisons d'encourager leur participation :

1. S'il faut définir les exigences légales afin de n'engendrer ni surréglementation ni sous-réglementation, il convient de donner aussi bien au créateur de risque qu'aux entités exposées l'occasion de donner leur avis sur la façon dont ces exigences doivent être définies.

2. Si un avis donné n'est pas suivi, les exigences auront alors un caractère injuste aux yeux de certains créateurs de risque ou entités exposées, voire à tous.

3. La participation des entités exposées ne peut que réduire la probabilité de conflit et améliorer la légitimité, pour autant que les exigences reflètent précisément les

préoccupations de toutes les parties affectées. Pour que ce soit le cas, il est essentiel que le projet de recommandation en question fasse l'objet d'une consultation aussi large que possible avant que les exigences n'acquièrent force de loi, afin de permettre l'identification des erreurs de conception que les agents réglementaires auraient pu commettre.

4. Souvent, les agents réglementaires n'ont pas le type de compétences que possèdent les parties affectées, qui peuvent ainsi leur indiquer les modifications requises pour assurer l'observance de la réglementation.

5. Si l'on ne se préoccupe pas du point de vue des créateurs de risque, les exigences légales peuvent devenir déraisonnables, impossibles à appliquer aux yeux de ceux qui se les voient imposer. La surréglementation se caractérisera par des exigences excessives de la part des agents réglementaires et poussera les créateurs du risque à résister, ce qui rendra les règlements difficiles, voire impossibles à observer.

6. Si le point de vue des entités exposées reçoit trop peu d'attention, la protection contre le préjudice sera insuffisante et on s'exposera à des protestations. Des pressions politiques s'exerceront en faveur d'une application plus stricte et d'exigences légales plus sévères, et des actions en contentieux seront introduites afin de contester la sous-règlementation.

Il existe un groupe souvent négligé au moment de concevoir les exigences légales : les responsables de la mise en application. La Grande-Bretagne a reconnu la nécessité de consulter l'association syndicale des agents réglementaires; mais bien souvent leurs compétences sont sous-estimées et leurs conseils négligés.

7. Si l'on néglige le point de vue des responsables de la mise en application des règlements, les prescriptions légales ne pourront être appliquées et il y aura une grande disparité entre la lettre de la loi et sa mise en pratique. Si l'application de la loi s'écarte trop de sa lettre, les agents réglementaires seront incapables de mobiliser les moyens légaux en cas de nécessité. C'est pour cette raison qu'il est proposé de redéfinir le rôle des agents juridiques de la Couronne. L'accent doit être mis d'abord sur leur rôle de pédagogue et de conseiller, ensuite seulement sur celui d'évaluateur.

Si l'on veut que la réglementation devienne efficace, il faudra faire appel à de nombreux pédagogues et conseillers, chacun apportent les compétences requises pour cibler avec davantage d'efficacité les réglementations. À cette fin, il faut également des évaluateurs qui contribueront à revoir efficacement les concepts et à exiger des résultats qui ne mécontenteront personne. La fonction des évaluateurs est de favoriser la participation de ceux dont l'écoute est indispensable si l'on veut atténuer les risques de

réglementation excessive ou insuffisante. Sans ces informations en retour, comme le montre l'étude des «bulles», les remèdes indispensables feront défaut, laissant libre cours à l'aggravation et à la prolifération des préjudices et compromettant ainsi les objectifs de la réglementation.

8.2.6.3 Conclusions

Quels sont les enseignements à tirer concernant l'opportunité de déléguer des responsabilités règlementaires au secteur privé, et les modalités de cette délégation? Les principaux risques auxquels expose la délégation sont :

1. que la sensibilité aux interdépendances s'émousse;

2. que les préjudices passent inaperçus et soient négligés;

3. que les possibilités de réduire les préjudices ne soient pas saisies (comme dans le cas des bulles); et

4. que les réactions négatives ne soient pas recueillies, ou qu'elles ne fassent pas l'objet de mesures.

Pour qu'une réglementation soit efficace, il faut que les acteurs soient étroitement associés afin qu'ils puissent faire connaître constamment leur avis et constater que celui-ci est suivi. Ce n'est que si ces avis sont ignorés ou discrédités qu'un contrôle légal doit s'exercer.

Si l'on souhaite réduire le poids du contrôle légal exercé afin de faire respecter la réglementation, les parties en cause doivent engager le dialogue et agir sur la base des avis émis. Elles ne s'y prêteront que si elles sont fortement incitées à le faire, notamment par l'accès à de larges marchés. Il faut aussi un système efficace de vérification, de nature à permettre l'évaluation systématique des effets aussi bien que de la conformité. Il faut favoriser un accès aussi large que possible aux résultats des vérifications et les utiliser à deux fins : d'une part, favoriser une prévention et une réparation plus efficace des préjudices en instruisant le processus de remaniement du projet et en déterminant si les pouvoirs délégués ont été utilisés de façon responsable; et, d'autre part, prendre toutes les précautions possibles pour limiter les préjudices. La délégation n'est justifiée que si le système de vérification offre les garanties nécessaires.

9.0 LA CORDE RAIDE, OU LA RECHERCHE DE L'ÉQUILIBRE ENTRE LES OBJECTIFS DE LA RÉGLEMENTATION ET LA RÉACTION DU PUBLIC

9.1 La modification de l'approche : encadrer le comportement plutôt que d'imposer des règles

9.1.1 Légitimité réglementaire et sentiment d'injustice

Les études de cas proposées aux chapitres 7 et 8 illustrent la panoplie des instruments utilisés afin de déléguer la responsabilité réglementaire aux parties privées assujetties à une vérification, ainsi que les approches diverses destinées à assurer la légitimité de la réglementation. En assurant la légitimité de l'activité réglementaire, dans sa réalité comme dans son apparence, on atténue le sentiment d'injustice.

Comme on l'a vu dans les études de cas, lorsque l'une quelconque des parties intéressées s'estime lésée, cela peut rendre plus difficile le maintien d'un encadrement équilibré. Si c'est le public qui éprouve ce sentiment, les autorités réglementantes sont alors poussées à recourir aux moyens légaux, avec comme corollaire direct l'établissement de relations conflictuelles avec les entreprises privées. Lorsque, à l'inverse, ce sont ces entreprises qui réclament justice, l'autorité réglementante est poussée à assouplir la surveillance et à atténuer son ingérence, avec comme conséquence la sous-réglementation. Cette situation suscite la méfiance du public, dont les relations avec l'autorité réglementante passent, à leur tour, au mode conflictuel. Pour que le public accorde une légitimité à l'activité réglementante, il faut que les entités exposées soient satisfaites des comportements constatés et de la réduction des dommages, afin d'éviter ou de dissiper tout sentiment d'injustice.

9.1.2 La notion d'encadrement du comportement

Stenning et Shearing (1988) utilisent l'expression «encadrement du comportement» pour décrire l'action exercée sur le comportement afin que soient respectés l'ordre et l'intégrité. Lorsque l'encadrement du comportement devient l'objectif, l'activité réglementaire vise principalement à surveiller les effets du système en vigueur et à repenser la façon dont l'encadrement s'exerce, afin d'en accroître l'efficacité vis-à-vis des objectifs réglementaires. Les méthodes utilisées pour parvenir à ces effets sont secondaires, dans la mesure où elles ne bouleversent pas l'ordre des rapports existants ni ne contreviennent aux valeurs morales en vigueur.

Si l'on atteint un résultat en enfreignant les règles morales en vigueur ou en donnant l'impression qu'on les a enfreintes, cela entraîne une réaction d'indignation liée à l'absence d'équité de la procédure et de la loi. Pour apaiser cette indignation, il faut abolir les avantages ainsi obtenus et empêcher le renouvellement des infractions.

Le passage des normes de conception aux normes de résultat substituent l'encadrement du comportement à la simple observation des règles, ce qui, en retour, permet de redéfinir le rôle respectif des secteurs public et privé. Plusieurs situations permettent de dégager le gouvernement de la responsabilité consistant à diagnostiquer les causes d'un ordre insatisfaisant. On peut, par exemple, habiliter les experts non gouvernementaux à concevoir et à mettre en oeuvre des stratégies visant à rendre plus efficace l'encadrement du comportement. Dans le cadre réglementaire, le secteur public acquiert la responsabilité de vérifier les résultats et d'ordonner les changements visant à améliorer l'efficacité de l'encadrement, à réduire le quantum du dommage et à dissiper ou à prévenir tout sentiment d'injustice.

Chacune de ces tâches, qui incombent généralement au gouvernement, gagnera en efficacité si, pour ce faire, les pouvoirs publics reçoivent l'assistance des entités exposées et de l'industrie, c'est-à-dire des deux groupes les plus vulnérables à un encadrement insatisfaisant du comportement ou à une réduction inadéquate du dommage. Ces groupes, qui ont également le plus de chances de se sentir lésés, sont partie prenante dans l'option retenue, en matière d'encadrement, par les instances chargées d'autoriser les normes de résultat et de vérifier le comportement. Toutefois, on ne peut leur déléguer intégralement cette responsabilité, car bien qu'ayant un intérêt direct dans les choix, ces groupes ne sauraient représenter adéquatement l'ensemble de l'intérêt public. Il incombe donc au secteur public de représenter fidèlement ces intérêts, sans pour autant susciter un sentiment d'injustice chez les parties représentant les intérêts privés concurrents.

9.2 Reconnaître l'interdépendance : la participation multipartite au processus réglementaire

On peut désamorcer le sentiment d'indignation soit en imposant au public les priorités et les postulats adoptés par l'autorité gouvernementale et en empêchant l'accès à l'information sur les effets, soit en permettant le libre circulation des informations - notamment des échos négatifs - et en réaménageant les priorités et les hypothèses de manière à ce qu'elles reflètent plus fidèlement la diversité des perspectives présentées par une société. Si l'on opte pour la première méthode, la participation du public est, à l'évidence, inutile. Mais si l'on choisit l'autre méthode, il faudra alors tenir compte des opinions exprimées.

C'est le domaine de la réglementation en matière de santé et de sécurité qui offre le meilleur exemple d'une prise en compte de la notion d'interdépendance, puisqu'on y admet la nécessité de déléguer de façon conjointe le pouvoir au travailleur et à l'employeur. Cependant, dans la majorité des programmes de santé et de sécurité au travail, on cherche à inciter les travailleurs à adhérer aux décisions prises par la direction plutôt qu'à mettre en oeuvre un processus décisionnel conjoint. Cette orientation saute aux yeux lorsqu'on compare le *California Cooperative Compliance Program*, le *Voluntary Protection Program* instauré aux États-Unis par l'OSHA, la réaction du *British Health and Safety Executive* à la philosophie de Robens, et l'approche australienne en matière de sécurité dans les mines. De tous ces programmes, c'est le CCP qui s'approche le plus d'un processus décisionnel conjoint. Le *Voluntary Protection Program* de l'OSHA nécessite une participation active des travailleurs à l'application des mesures, mais la conception et l'autorisation de ces dernières sont du ressort de la direction. Quant au *Health and Safety Executive* britannique, il s'est borné à susciter le consentement des travailleurs. Enfin, l'approche australienne assigne la responsabilité aux directeurs accrédités des mines, facilite la vérification par les syndicats des mesures prises par ces directeurs et met à leur disposition un instrument qui leur permet de réagir à la sous-réglementation.

L'un des principaux problèmes que pose l'élaboration d'un système de participation égalitaire est la pénurie de participants présentant les aptitudes nécessaires. C'est ainsi que le *California Cooperative Compliance Program* a mis sur pied un comité conjoint employeur/employés chargé de surveiller la conformité, d'évaluer les propositions d'aménagement des règles et de s'employer à promouvoir les réformes qui, de l'avis des représentants de l'employeur et des employés, amélioreraient l'efficacité réglementaire. Le *Voluntary Protection Program*, quant à lui, est un programme d'envergure nationale s'inspirant de l'expérience californienne. Cependant, suite à l'effondrement d'un hôtel de construction récente à Kansas City, dont le chantier avait été supervisé par un comité conjoint de sécurité employeur/employés et aux problèmes de responsabilités soulevés par cet accident, on a quelque peu relégué le processus décisionnel conjoint et mis l'accent sur la participation des travailleurs à l'application des mesures. En outre, on s'est délibérément tenu à l'écart de la responsabilité conjointe et individuelle[189].

Dans le cadre du programme de l'OSHA, la préoccupation essentielle consistait à créer des structures permettant la participation des travailleurs aux décisions concernant l'application. On cherche donc à obtenir des avis plutôt qu'à susciter un consensus sur les mesures concrètes et leurs modalités. Cependant, le programme reconnaît que pour pouvoir valablement faire des suggestions, les travailleurs doivent avoir une connaissance approfondie des règles en vigueur et des mécanismes d'application.

La comparaison avec l'approche britannique révèle que cette dernière ne fait pas le nécessaire pour que ces éléments soient portés à la connaissance des travailleurs. On

part de l'hypothèse - erronée - que les travailleurs et les employeurs connaissent bien la réglementation et le processus réglementaire, c'est-à-dire leurs obligations et leurs droits. Si cette connaissance fait défaut, les employeurs se contentent de se conformer aux injonctions de l'autorité réglementante; quant aux employés, il leur manque les connaissances permettant de susciter une réaction face à des risques jugés excessifs. Seules les décisions graves sont de nature à susciter des protestations, incitant à amender les procédures en vigueur.

Les Australiens, de leur côté, résolvent le problème de l'ignorance des employeurs et des employés en assignant les responsabilités en matière de sécurité à un directeur de mine accrédité, c'est-à-dire titulaire d'un certificat de compétence réservé aux personnes connaissant bien la réglementation et les procédures sécuritaires. Grâce à l'aide financière des États, les syndicats ont en leur sein des spécialistes capables de conseiller les membres lorsque les mesures de protection adoptées par la direction sont insuffisantes et de les éclairer sur les moyens permettant de bien se protéger. Ces spécialistes, qui jouent le rôle de conseillers et de pédagogues, sont très écoutés des syndicats.

9.3 Désamorcer le sentiment d'injustice : une priorité de la réglementation

9.3.1 L'avantage de la transparence et de la responsabilité

Dans le système australien, les membres du syndicat expriment leurs doléances à leur expert chargé d'élaborer les stratégies permettant de mieux encadrer le comportement. Les informations qui permettent de susciter - et de canaliser, voire de désamorcer - ces doléances sont obtenues grâce au registre dans lequel sont consignées toutes les violations constatées par les inspecteurs et les ingénieurs des mines, ainsi que les mesures correctrices prescrites. Le sentiment d'injustice et d'indignation peut également être atténué lorsqu'il y a réaction rapide des inspecteurs aux plaintes présentées par les syndicats, et par la possibilité de recourir à des ordonnances d'interdiction, c'est-à-dire d'interrompre le travail jusqu'à l'arrivée de l'inspecteur. En outre, la réglementation exige que tout ordre de nature à mettre la sécurité en danger soit donné par écrit; cette mesure vise à permettre aux subordonnés de résister aux ordres de leurs supérieurs lorsqu'ils sont inappropriés. De plus, lorsque le titulaire d'un certificat de compétence sait qu'on risque de le lui retirer s'il manque à son devoir de diligence raisonnable, il est moins enclin à faire bon marché de la sécurité au profit d'autres objectifs.

Même si la mise au premier plan de la responsabilité individuelle, que l'on trouve dans l'approche australienne, est plus conforme aux principes juridiques de l'heure, la responsabilité conjointe instaurée par les autorités californiennes est plus propice à

l'expression des réactions négatives, laquelle constitue un ingrédient essentiel lorsqu'on s'est fixé pour objectif d'améliorer la sécurité. En outre, le processus décisionnel conjoint est mieux à même de créer une convergence d'intérêts, tandis que le fait d'utiliser le syndicat pour surveiller la manière dont le directeur accrédité de la mine exerce son autorité risque davantage de mettre en relief les divergences affectant les priorités et les postulats.

9.3.2 Les mécanismes de réduction de l'indignation : absence, succès et échecs

Les programmes étrangers étudiés plus haut présentent des différences considérables quant aux mécanismes destinés à atténuer le sentiment d'injustice. L'approche du *California Cooperative Compliance Program* semble la plus efficace pour ce qui est de faire connaître les règlements et les raisons qui les sous-tendent, de favoriser leur affinement constant et l'adoption rapide de modalités nouvelles. La méthode australienne, de son côté, définit le foyer de la responsabilité en identifiant la personne responsable en cas de dommages excessifs. Cependant, les cadres moyens qui portent la plus grosse responsabilité à l'égard de la mise en vigueur des règles se voient assigner une responsabilité insuffisante et ne sont pas tenus responsables de l'encadrement du comportement. Une telle situation risque de créer un sentiment d'injustice.

L'approche britannique consiste à assigner aux employeurs des responsabilités dont beaucoup d'entre eux n'ont même pas conscience; c'est aux agents réglementaires, beaucoup plus qu'aux dirigeants d'entreprise, qu'incombe la responsabilité d'une meilleure sécurité. Lorsque l'agent réglementaire manque à cette mission, ou s'il ne tient pas l'employeur pour responsable de la non-conformité, il ne lui reste que peu d'instruments pour compenser la sous-réglementation. Là encore, les conditions d'un sentiment d'injustice sont créées. Néanmoins, hormis les poursuites, les Britanniques n'ont prévu aucun mécanisme permettant de faire face à ce genre de situation.

Cette carence du système britannique s'explique, entre autres, par le fait que les postulats de l'autorité réglementante de Grande-Bretagne calquent, en quelque sorte, ceux des économistes; or, ces derniers veillent avant tout à ce que toutes les normes soient techniquement applicables et économiquement rentables, car leur principal objectif est de réduire les coûts supportés par les créateurs de risque. On voit cependant clairement les dangers d'une telle approche dans l'évolution du système américain dit de «la bulle» et des permis transférables entre pollueurs. Les propositions des économistes en la matière ne tiennent pas compte de l'interdépendance, notamment des conséquences que peut avoir le fait d'autoriser que des dommages soient causés à d'autres personnes et à l'écosystème. Leur attention est fixée sur la réduction des coûts et le renforcement des mesures incitatives offertes à ceux qui investissent dans les mesures de prévention. Il en résulte qu'on laisse passer bon nombre d'occasions de

réduire le quantum des dommages et de redresser les inégalités dans leur répartition. Là encore, on s'expose évidemment à exacerber l'indignation des intéressés; mais tel n'est point le souci des économistes.

L'insensibilité des économistes en la matière les a empêchés de comprendre la résistance du public à l'application de taxes sur les effluents et aux augmentations d'impôt proposées aux employeurs négligents en matière de sécurité. Or, s'il est probable que ces mesures alourdissent les coûts des créateurs de risque, elles ne sont en rien avantageuses pour les entités exposées, puisqu'elles ne font qu'enrichir le Trésor public mais ne sont pas utilisées pour prévenir ou atténuer les nuisances. Cette indifférence à l'égard de l'indignation causée signifie, en outre, qu'on néglige la mission consistant à restaurer un ordre symbolique reflétant les principes moraux de la société. Or, en l'absence d'un tel ordre, c'est-à-dire lorsqu'on ne définit pas - mesures d'application à l'appui - ce qui est juste et ce qui ne l'est pas, toutes les techniques visant à améliorer la faisabilité de la conformité se heurteront à une vive résistance. L'EPA, consciente de ce problème, a largement fait appel à des groupements écologiques pour la conception de normes et leur application. Ainsi, les normes ont été négociées par voie de médiation.

Ni les économistes, ni les juristes n'ont su percevoir l'importance d'une restauration de l'ordre symbolique et des techniques d'application nécessaires à sa préservation. Le recours de moins en moins fréquent à des poursuites judiciaires en Angleterre, notamment pour l'application des lois concernant la pureté des aliments, s'explique par la réticence des juges à prononcer des condamnations. Au demeurant, lorsque condamnation il y avait, les amendes demeuraient modestes et leur perception aléatoire[190]. Or, lorsqu'on ferme les yeux sur la non-conformité, que l'on se contente de sanctions insignifiantes et qu'on néglige de percevoir des amendes, on affaiblit encore davantage l'ordre social, on suscite une réaction d'indignation et on encourage les revendications visant à faire redresser les injustices réelles ou présumées. Le pendule repart alors dans l'autre sens et il faut s'attendre à un phénomène de surréglementation.

Plusieurs techniques peuvent contribuer à restaurer l'ordre symbolique nécessaire à la prévention de la surréglementation comme de la sous-réglementation. On peut, par exemple, imposer des amendes sur-le-champ et de manière inexorable; mais cela ne suffira peut être pas à désamorcer l'indignation provoquée par la sous-réglementation. Seule une application **rapide et efficace des mesures** visant à prévenir et à atténuer les dommages dans l'avenir est de nature à atténuer cette indignation. Rees a constaté que l'application rapide des suggestions visant à réduire le dommage est indispensable si l'on veut restaurer la volonté des travailleurs à contribuer à une meilleure sécurité. L'application rapide des suggestions constitue une incitation primordiale, mais trop souvent ignorée. Une autre stratégie consiste à **prévenir la détérioration inévitable de la participation des employés.** En effet, cette forme d'entropie n'est que rarement surveillée et compensée.

Le fait d'atténuer l'indignation ressentie par les entités exposées contribue souvent à apaiser les relations entre créateurs de risque, entités exposées et autorité réglementante. **La résolution alternative des différends** est particulièrement efficace lorsqu'il s'agit de calmer les personnes lésées par la non-conformité. Toutefois, cette méthode ne remédie souvent pas au dommage qui est à l'origine des protestations et, bien souvent, l'indemnisation financière vient remplacer les mesures préventives et correctrices. En d'autres termes la victime, prise individuellement, peut s'estimer satisfaite mais aucune mesure ne vient réduire le risque de répétition au détriment d'autres parties, suscitant les mêmes réactions. Ce risque apparaît clairement lors du recours à la médiation pour résoudre des litiges entre commerçants et consommateurs. Comme le reconnaît le ministère australien de la consommation, cette méthode laisse entier le problème structurel, si bien que les difficultés se reproduisent. En fait, les conditions du règlement étant souvent tenues secrètes, les autres acteurs ont de fortes chances de ne pas en être informés, et les réactions négatives ne sont pas portées à la connaissance du public. Il s'ensuit que les méthodes de résolution alternative des différends n'ont qu'une incidence négligeable sur l'encadrement du comportement.

9.3.3 L'équilibre entre les coûts et les mesures incitatives

Les tentatives pour atténuer le sentiment d'injustice reviennent à s'efforcer de redresser le comportement en prévenant et en réduisant les dommages. À cette fin, il est nécessaire de traiter les plaintes par catégories, afin de centrer l'attention sur les causes de schémas de comportement répétitifs. En Australie, les ministères de la consommation ont pris acte de ce besoin, même s'ils continuent de privilégier l'atténuation du sentiment d'injustice, par rapport à la restructuration des schémas de relation sociale[191]. La nécessité de gérer efficacement l'interdépendance est considérée comme moins importante que l'atténuation du sentiment d'injustice[192], qui devient une fin en soi plutôt qu'un moyen à la poursuite d'une fin.

Afin de rectifier le comportement, il faut que les mesures incitatives épousent les grands schémas de non-conformité plutôt que les cas d'infraction pris individuellement. Comme l'a observé Richard Brown (1988), les règles judiciaires de la preuve ne permettent pas, lorsqu'on cherche à déterminer la culpabilité, de présenter les données relatives à des comportements antérieurs; ces données ne peuvent être présentées qu'au moment de rendre la sentence, lorsqu'il s'agit de décider quelle sanction infliger. C'est ainsi que l'EPA a constaté qu'elle était mieux à même de négocier une rectification du comportement des grandes compagnies pétrolières, dont les agents s'étaient livrés à des permutations de carburant, lorsque les pénalités infligées dans plusieurs affaires différentes étaient agrégées et présentées en une fois. C'est de cette manière que l'EPA a réussi à convaincre des compagnies comme Exxon d'investir pour améliorer leur système de contrôle interne[193]. Cet exemple indique bien que les investissements

destinés à améliorer les systèmes de contrôle interne ne sont consentis que lorsque leur rendement est substantiel et bien défini.

Le principe d'identification d'un schéma a été poussé plus loin par Rees (1986a), qui relate que les deux sociétés de construction qu'il a étudiées, et qui avaient participé au *California Compliance Program*, avaient commencé par investir, en 1970, en engageant des professionnels de la sécurité, car elles étaient confrontées à des pénalités substantielles et toujours croissantes au terme de l'Occupational Health and Safety Act; de plus, les cadres dirigeants des entreprises contrevenantes risquaient l'emprisonnement. Compte tenu du coût virtuellement catastrophique de la non-conformité, on considérait le fait d'engager des experts en diagnotic des problèmes de sécurité et en conception de méthodes réalistes de protection, comme un investissement. Mais lorsqu'il s'avéra que les sanctions imposées étaient moins sévères et moins inexorablement appliquées qu'on ne l'avait prévu, il y aurait eu désinvestissement si les économies réalisées au titre de l'indemnisation du travail, grâce à la cote favorable obtenue, avaient été trop minimes. Les professionnels de la sécurité prirent bien soin de démontrer à la direction le taux de rendement de l'investissement consenti.

Mobil Chemical décida de participer au programme de protection volontaire, en dépit des coûts de la conformité et de l'ingérence qu'entraînaient les procédures de vérification de l'OSHA. La compagnie considérait ces dépenses comme des investissements visant à assouplir l'encadrement réglementaire, c'est-à-dire en réduisant la dépendance de l'OSHA à l'égard de normes de conception inappropriées et difficilement applicables. Le coût, dans ce genre de cas, était soigneusement documenté; toutefois, les avantages que l'on pouvait obtenir en réduisant la surréglementation étaient tellement importants qu'on décida de les rebaptiser du nom d'investissements.

Ces exemples illustrent l'un des principaux problèmes liés aux analyses des avantages et des coûts en regard des prévisions auxquelles se livre l'autorité réglementante. Les avantages qui transforment une dépense en investissement aux yeux des entités exposées, par opposition aux créateurs de risque, sont souvent d'ordre non monétaire. Ces avantages peuvent conduire à une intensification plutôt qu'à un allègement de l'ingérence, lorsqu'une réglementation raisonnable remplace l'exigence de conformité par des normes déraisonnables[194]. Lorsqu'on impose des normes déraisonnables, on crée davantage de frustrations chez les créateurs de risque que lorsqu'on intensifie la surveillance, par le gouvernement, de l'efficacité des systèmes de contrôle internes des entreprises. Lorsque, tout au moins, les hypothèses des économistes précisent des modalités des analyses avantages/coûts, leur validité s'en ressent du fait que l'on n'accorde pas suffisamment d'attention à la valeur que l'on prête à l'élimination de règles qui créent un ordre injuste[195].

Stenning et Shearing (1988) soutiennent que lorsque l'attention des agents réglementaires est concentrée sur la rectification du comportement, les sanctions ne sont pas considérées comme une stratégie contribuant valablement à créer les moyens et la volonté d'adopter de nouveaux schémas de relation. Ils soutiennent que c'est la persuasion plutôt que la réglementation qui devient alors le meilleur instrument d'encadrement. Toutefois, les faits ne confirment pas leur hypothèse. Baldwin (1987) a constaté que lorsque les créateurs de risque ne connaissent pas bien la réglementation et ne sont pas en mesure de diagnostiquer pourquoi ils y contreviennent et la manière de s'y conformer, la promotion est le meilleur vecteur de modification du comportement. Dans de telles circonstances, la coercition est également une méthode très utile.

L'efficacité ne dépend pas du choix de la persuasion ou de la réglementation, mais de la précision avec laquelle l'autorité réglementante a ciblé les instructions destinées à un groupe particulier. La nécessité du ciblage a été mise en relief dans l'analyse, à laquelle s'est livrée Rees, des raisons pour lesquelles les représentants des travailleurs siégeant au comité conjoint de sécurité parviennent plus efficacement que les professionnels de la sécurité à obtenir le soutien de ces travailleurs. Ils possèdent en effet une connaissance des aspects pratiques qui manque aux ingénieurs spécialisés en sécurité, et ils sont plus crédibles aux yeux des travailleurs, dans la mesure où leurs propositions de modification tiennent compte des différences dans les choix d'encadrement du comportement effectués par chaque corps de métier. L'ignorance de ces choix augmente le risque de voir certaines règles considérées comme injustifiées et, partant, injustes. Cependant, comme on l'a vu dans les études de cas, il ne semble pas que la persuasion, à elle seule, soit une technique suffisante pour obtenir une réduction systématique du dommage.

9.3.4 La réglementation dynamique

Dans leurs travaux, Stenning et Shearing (1988) mettent en relief la manière dont les règles définissent le champ de ce qui est juste et de ce qui est injuste; ils soulignent la manière dont ces règles limitent la marge discrétionnaire. Cependant, les règles contribuent également à structurer et à délimiter cette discrétion, en limitant le domaine de compétence et en précisant la manière dont le comportement devrait être encadré. Les règles deviennent déraisonnables lorsque l'encadrement nécessaire du comportement va à contre-courant des modes d'encadrement prévalant au sein de la population visée. C'est là qu'en dépit de son caractère onéreux, la réglementation dynamique est nécessaire pour permettre la complémentarité entre la manière dont une population donnée régit le comportement et les méthodes recommandées à cette population afin de prévenir et d'atténuer plus efficacement le dommage. Toutefois, comme le fait observer Latin, la réglementation dynamique a davantage de chances d'être perçue comme injuste, c'est-à-dire d'en avantager certains au détriment de leurs concitoyens. On ne saurait ignorer le risque accru d'un sentiment d'injustice lorsqu'on

pèse le pour et le contre pour savoir s'il vaut mieux opter pour la réglementation coercitive ou la réglementation dynamique.

Dans bon nombre de cas, la réglementation coercitive est tout simplement inapplicable, en raison de ses conséquences sur l'encadrement du comportement. En effet, lorsqu'elle entraîne des désordres, il faut abandonner les règles de conception en vigueur et les remplacer. Prenons un exemple : on ne saurait appliquer le même ensemble de règles de conception à des mines et à des usines, tout simplement parce que toute réglementation minière doit tenir compte du fait qu'à l'intérieur d'une mine, un surveillant ne peut directement superviser que deux ou tout au plus trois personnes simultanément. Si la mécanisation des usines permet d'obtenir des plages de supervision très larges, tel n'est absolument pas le cas dans une mine. Compte tenu de ces différences, pour que les systèmes de contrôle internes soient efficaces, il faut les structurer de façon très différente. Ainsi, les normes de conception propres à une industrie donnée, souvent utilisées en Grande-Bretagne, ne permettraient pas d'encadrer convenablement les comportements dans l'industrie minière, en raison des différences attribuables aux sites et à la profesionnalisation des employés.

9.4 Les avantages et les inconvénients de la délégation de responsabilité

9.4.1 Définition des objectifs de la délégation

Lorsque les situations assujetties à réglementation présentent un certain nombre de variables, les responsabilités réglementaires peuvent être partagées plutôt que concentrées entre les mains de la seule autorité réglementante. On justifie la délégation d'une portion de la responsabilité parlementaire à des parties privées par le fait que ces dernières seront mieux placées que les autorités pour garantir la complémentarité. De plus, les entités privées sont plus aptes à choisir une méthode qui préviendra ou dissipera le sentiment d'injustice. La vérification, par l'autorité réglementante, de la méthode sélectionnée vise à garantir que l'on n'a pas laissé passer l'occasion d'améliorer la réduction du dommage dans un souci excessif d'économie. Les vérifications ont pour objet d'empêcher l'apparition d'un tel sentiment et l'adoption de méthodes inefficaces de réduction du dommage, par exemple les compromis autorisés en vertu du système de «la bulle».

Lorsque l'objectif consiste à la fois à prévenir le sentiment d'injustice et à assurer une réduction adéquate des dommages, il importe que l'autorité réglementante, les entités exposées et les opérateurs en concurrence participent tous à l'évaluation des méthodes proposées comme des résultats. La tâche de l'autorité réglementante consiste à assurer un taux adéquat de réduction du dommage, tandis que celle des entités exposées et des opérateurs en concurrence consiste à déceler de quelle manière la

inacceptables, négocier des stratégies permettant de dissiper l'indignation qu'ils pourraient engendrer. Cependant, la tâche de l'autorité réglementante consiste à s'assurer que la prévention ou l'atténuation du sentiment d'injustice ne l'emporte pas sur la réduction du dommage, car il importe de maintenir l'équilibre entre les deux objectifs.

9.4.2 L'équilibre des objectifs réglementaires dans le cadre de plusieurs systèmes

9.4.2.1 Le système du commissaire chargé d'enquête

Le système du commissaire que l'on charge d'une enquête, en vigueur en Grande-Bretagne comme en Australie, est une méthode permettant de passer en revue de façon efficace et peu onéreuse les hypothèses les plus pessimistes de tous les intéressés. Elle est peu onéreuse car on ne fait pas appel à des avocats et que les participants ont la responsabilité de dresser un dossier complet des problèmes soulevés. Elle est efficace, car elle permet à un large éventail d'intéressés de présenter des points de vue différents. Du fait de l'intense publicité, l'autorité réglementante n'a pas à se préoccuper d'identifier les parties concernées et de solliciter leur participation. Il faut cependant répéter que ce système présente le risque de privilégier l'atténuation du sentiment d'injustice au détriment de l'atténuation du dommage, notamment lorsqu'un ministre est investi du pouvoir d'agir sur la base des recommandations du commissaire, et qu'il est lié par des considérations politiques. Le risque de déséquilibre est particulièrement prononcé lorsque la surveillance des effets par l'autorité réglementante et l'évaluation des performances par des créateurs de risque ainsi que les opérateurs concurrents ne sont pas suffisamment développées.

9.4.2.2 La Commission des pratiques du commerce

Le processus d'autorisation mis en oeuvre par la commission australienne des pratiques du commerce adopte une approche quelque peu différente afin de prévenir le sentiment d'injustice. Elle consulte exclusivement les entités exposées et les parties concurrentes dont la Commission estime qu'elles pourraient être intéressées. Le personnel de la Commission identifie ces parties et sollicite leur opinion avant de rédiger son rapport, puis les consulte à nouveau sur le projet de rapport. En conséquence, tant les personnes disposant d'une connaissance de première main du phénomène d'encadrement du comportement que celles souhaitant le modifier expriment leur opinion et évaluent les changements avant que ne soit rédigé le rapport final. Cette procédure a pour objet de permettre aux personnes qui risquent le plus d'éprouver un sentiment d'injustice d'exprimer leur point de vue afin que des mesures préventives puissent être envisagées; ainsi, l'autorité réglementante peut veiller à ce que les dommages soient adéquatement atténués. Cependant, ce processus s'appuie sur des

prévisions, celles des parties, dont la précision n'est pas garantie. Les résultats de la surveillance des effets, lorsqu'il y en a, ne sont pas consignés dans le registre public. En revanche, les entités exposées et l'industrie se voient assigner la responsabilité de surveiller les effets et d'exiger que les autorisations accordées soient retirées. Dans ces conditions, on risque de ne pas accorder suffisamment d'attention au résultat et à l'évaluation des méthodes employées.

9.4.2.3 Les méthodes alternatives de résolution des différends

Aux États-Unis, on a eu recours à des méthodes alternatives de résolution des différends, et en particulier à la médiation - notamment dans le domaine de l'environnement - afin de réduire le sentiment d'injustice. Tout comme pour les autorisations en matière de pratique du commerce, c'est l'autorité réglementante qui désigne les intéressés. Il se peut, par conséquent, que bon nombre de parties affectées demeurent exclues, étant donné que les entités extrêmement organisées et disposant d'un savoir-faire étendu ont beaucoup plus de chances de participer que les profanes. La médiation permet aux personnes réunies d'exprimer leur point de vue; en outre, le fait de participer à la définition de la diligence raisonnable leur donne une impression d'efficacité. Cependant, là encore, les décisions sont basées sur des prévisions dont l'exactitude n'est pas vérifiée, si bien que l'on a peu de chances d'élaborer prospectivement des remèdes adéquats.

En outre, il se peut que les conditions négociées ne soient pas rendues publiques; par conséquent, seules les personnes consultées disposent des éléments nécessaires pour observer les résultats et se former un jugement. Étant donné que la médiation se déroule en privé et que l'organisme réglementant se borne à examiner les résultats, seuls les participants ont accès à l'information et les agents réglementaires risquent de mal saisir les tenants et les aboutissants, sauf s'ils ont participé au processus de médiation. De ce fait, les agents réglementaires risquent, par manque d'information, de ne pas pouvoir contrecarrer effectivement le sentiment d'injustice, ni évaluer la mesure dans laquelle les résultats obtenus empêchent ou atténuent le dommage.

La prise conjointe de décision faisant appel, d'une part, à des créateurs de risque habilités à autoriser des stratégies de réduction du dommage et, d'autre part, certaines entités exposées capables de définir les hypothèses et les éléments de conception jugés inacceptables, est de nature à accélérer l'application de mesures acceptables. On a beaucoup insisté sur les mini-procès comme moyen de résoudre des problèmes complexes. Cependant, la caractéristique marquante de ces mini-procès est le fait que les principaux décideurs doivent être présents et disposés à négocier des règlements. On ne s'engage pas simplement à écouter, mais à agir. On doit s'efforcer d'obtenir des créateurs de risque qu'ils consentent à agir afin de réduire les dommages qui font s'insurger les entités exposées. Là encore, on a recours à des méthodes alternatives de

résolution des différends pour dissiper le sentiment d'injustice; cependant, la procédure risque de ne pas modifier le système de contrôle interne du créateur de risque à un degré suffisant pour obtenir une réduction plus efficace et plus uniforme du dommage.

Il est intéressant de noter que nos études de cas fournissent plusieurs stratégies permettant de passer en revue les prévisions de sources potentielles de sentiment d'injustice, mais que l'on ne trouve qu'un seul exemple d'une procédure d'atténuation du dommage. Le Compensation and Liability Act américain, la loi sur le Superfund, cherche à réduire le quantum du dommage. On mesure le succès à la réduction du nombre de «sites déclarés priorité nationale», c'est-à-dire les sites où les mesures préventives ont échoué. En vertu de cette loi, les problèmes de responsabilité conjointe doivent être résolus afin que l'on puisse procéder au nettoyage des déchets dangereux, financé en grande partie par les responsables. Plusieurs parties doivent s'entendre sur une action commune, afin d'élaborer une stratégie de nettoyage pour chacun des sites. On a eu recours à la médiation pour faciliter la répartition entre les parties des coûts des études de faisabilité et du nettoyage proprement dit. Au cours d'audiences consacrées aux propositions d'accord de règlement, tant les créateurs de risque que les entités exposées peuvent proposer et observer les modifications de conception, lesquelles doivent ensuite être autorisées par l'*Environmental Protection Agency*. Ces audiences permettent de critiquer les hypothèses qui sous-tendent une conception donnée, de proposer des améliorations et de trouver de meilleures méthodes pour empêcher et atténuer le dommage.

Malheureusement, les audiences risquent elles aussi d'être rendues inopérantes dans le cadre de la procédure réglementaire. Lorsqu'elles deviennent de pure forme, elles cessent d'inciter au renouvellement des conceptions, dont le but est de dissiper le sentiment d'injustice. On risque alors davantage de voir le créateur de risque et les entités exposées s'affronter, mettant en cause la légitimité de la conception ou du processus ayant conduit à son adoption. Dans ces conditions, la participation du public risque de ne plus suffire à désamorcer le conflit. C'est seulement lorsque la participation permet non seulement de fournir un avis mais modifie en outre de façon effective la conception autorisée, ainsi que la facilité et la rapidité de sa mise en oeuvre, qu'elle est bien placée pour réduire les conflits et renforcer la légitimité de la décision adoptée.

Dans les trois pays, la partie visible du processus réglementaire a été davantage développée que la partie cachée; en d'autres termes, on se préoccupe davantage d'empêcher et de dissiper le sentiment d'injustice que de parvenir à l'efficacité réglementaire. Si l'on veut conférer une légitimité à la délégation de la responsabilité réglementaire à des intérêts privés, il faut instaurer simultanément la surveillance des effets, l'accès du public aux résultats et sa participation.

9.4.2.4 L'autoréglementation responsable

L'autoréglementation responsable doit vérifier tant la prévision des effets que les résultats. La tendance actuelle, qui privilégie la vérification des prévisions plutôt que des résultats, est inadéquate. Il faut accorder beaucoup plus d'attention à la partie finale du processus réglementaire que cela n'a été le cas aux États-Unis, en Grande-Bretagne ou en Australie. Étant donné que l'autoréglementation responsable s'appuie davantage sur des normes de résultat que sur des normes de conception, la surveillance des effets acquiert davantage d'importance que la surveillance de la conformité.

Le fait de déléguer à des intérêts privés un rôle croissant dans le choix des méthodes les plus appropriées de réduction du dommage modifie considérablement le rôle de l'autorité réglementante. La responsabilité de cette dernière, pour ce qui est de diagnostiquer le dommage provoqué par des créateurs de risque donnés et de proposer des stratégies de réduction du dommage, devient une responsabilité privée. L'agent réglementaire se charge alors d'évaluer l'encadrement du comportement proposé et se préoccupe de savoir si le sentiment d'injustice et le dommage seront adéquatement atténués. Son autre rôle consiste à vérifier les résultats afin de déterminer si les effets de l'encadrement du comportement adopté diffèrent des pronostics, et à exiger des ajustements dans cet encadrement afin de mieux réduire et le dommage et le sentiment d'injustice. Nos études de cas indiquent que l'inadéquation de la vérification des résultats a constitué un obstacle majeur à une délégation plus efficace de la responsabilité réglementaire.

La vérification des résultats du système de contrôle interne d'une entreprise entraîne cependant une très forte ingérence, ce qui explique que ce processus n'ait pas été très développé. La justification de l'autoréglementation responsable n'est pas qu'elle doit réduire l'ingérence du gouvernement, mais qu'elle est de nature à réduire efficacement tant le sentiment d'injustice que le dommage. L'autoréglementation responsable peut contribuer à réduire des conflits d'ordre réglementaire et à augmenter l'efficacité de la réglementation. Cependant, un tel résultat implique que la réglementation se préoccupe autant du sentiment d'injustice que du dommage causé.

9.4.3 Le choix de l'instrument réglementaire approprié pour la délégation

La nécessité d'accorder une attention suffisante tant à la réduction du dommage qu'à l'atténuation du sentiment d'injustice doit trouver son expression dans la conception des instruments utilisés pour déléguer l'autorité réglementaire. La conception des normes de résultat contenues dans la réglementation et dans les contrats constitue ce genre d'instrument. Nos études de cas identifient également plusieurs autres instruments utilisables à cette fin : les accords de franchise, les accords de conformité volontaire, les conditions d'octroi de permis ou de licence, les règlements en vue de

mesures correctrices sous la forme d'une ordonnance judiciaire de consentement et les accords officieux entre autorité réglementante et créateur de risque.

9.4.3.1 Les accords de franchise

Lorsqu'on évalue l'efficacité relative des instruments servant à déléguer l'autorité réglementaire, il importe de déterminer la manière dont chacun d'entre eux contribue à prévenir le sentiment d'injustice, à assurer la réduction du dommage et à permettre un usage efficace des moyens légaux. L'accord de franchise employé pour réglementer l'exploitation des ressources en Australie est un contrat passé entre l'État et le créateur de risque, présenté sous forme de projet de loi à la législature et approuvé après débat. Les amendements au contrat necessitent l'approbation du législateur. Cet instrument vise à permettre aux entités exposées de participer de façon approfondie à la définition des normes de résultat que l'État appliquera pour déterminer si le créateur de risque utilise de façon responsable la propriété publique.

Étant donné que le créateur de risque participe à la définition des conditions, il y a peu de chances qu'il s'en formalise. Mais comment réagiront les entités exposées ? En théorie, le débat parlementaire fournit à tout un chacun l'occasion de s'opposer à l'une quelconque des dispositions de l'accord. En pratique, bien entendu, la capacité de se faire entendre dépendra de l'existence d'un régime de comités, de la période allouée pour l'évaluation de la loi et de la répartition des pouvoirs au sein de la législature. Si le gouvernement est minoritaire, ou si l'opposition est puissante et bien organisée, les amendements ont davantage de chances d'aboutir. Mais lorsque tel n'est pas le cas, les audiences risquent d'être de pure forme et de susciter l'expression d'opinions dont il ne sera pas tenu compte.

L'efficacité avec laquelle un accord de franchise contribue à dissiper le sentiment d'injustice dépend précisément de la manière dont on saura, ou non, tenir compte des opinions exprimées par les créateurs de risque et les parties rivales. Dans le cas du Queensland évoqué plus haut, le gouvernement était majoritaire, si bien que l'on n'a guère donné l'occasion au public de participer; quant aux partis d'opposition, ils ont eu trop peu de temps pour étudier les conditions de l'accord, et il leur manquait les compétences pour porter une appréciation critique.

9.4.3.2 Les ordonnances judiciaires de consentement

Les règlements définitifs sous forme d'ordonnances de consentement permettent de dissiper le sentiment d'injustice, lorsqu'on a communiqué aux responsables communautaires, aux citoyens et aux médias, les informations leur permettant de comprendre une proposition de nettoyage d'un site, à condition toutefois que l'on ait

dûment tenu compte de leur point de vue lors de l'élaboration du règlement et qu'un mécanisme de surveillance ayant la confiance du public ait été adopté pour garantir qu'il y a véritablement réduction du dommage. Les audiences portant sur le projet d'accord de règlement contribuent de façon importante à garantir que la conception retenue tient vraiment compte des préoccupations des entités exposées.

9.4.3.3 Les exemptions de consultation

On s'est beaucoup préoccupé de la capacité des petits créateurs de risque à se conformer à des réglementations coûteuses. Leur difficulté tient au fait que, souvent, ils ne connaissent pas bien leurs obligations, ni les méthodes permettant de réduire le dommage. Manquant de ressources financières comme de capacité de gestion, ils ne peuvent choisir parmi les méthodes rivales permettant de concevoir ou de remodeler les stratégies de réduction du dommage et de mettre en oeuvre des programmes conformes aux normes de conception. Le programme américain d'exemption des consultations offre les services d'un consultant qui permet de définir les mesures à prendre; toutefois, le programme ne peut fournir ni les moyens, ni la volonté nécessaire à une pleine application des recommandations de l'expert-conseil. Dans le cas du programme d'exemption des consultations, cet expert n'est dépêché que si la compagnie est d'ores et déjà disposée à appliquer les recommandations.

9.4.3.4 Subventionner la prévention du dommage

Que se passe-t-il lorsque le créateur de risque n'a pas les moyens d'appliquer les recommandations de l'expert-conseil ? Toute une série de programmes réglementaires exonèrent les petites entreprises, c'est-à-dire celles ayant moins de dix employés, leur permettant ainsi de causer un préjudice sans être obligées d'en améliorer la prévention ou l'atténuation. Cette approche crée un problème analogue à celui engendré par «la bulle» : il impose des niveaux de risque inacceptables aux employés, aux voisins ou aux clients. Les coûts sont transférés du créateur de risque à l'entité exposée; souvent, les entités affectées sont précisément les plus vulnérables.

Il semble préférable, dans de telles circonstances, de faire supporter au secteur public le coût de la prévention et de l'atténuation, sous peine de voir le dommage croître et proliférer. Si, toutefois, les gouvernements offrent ce genre de renflouage, plutôt que de laisser couler les créateurs de risque, ils doivent le faire ouvertement, et rendre compte, dans la plus grande transparence, des subventions octroyées.

Les subventions gouvernementales ne sont pas le seul moyen permettant aux petits créateurs de risque élevé de satisfaire à leurs obligations. Il est également hautement souhaitable d'encourager les associations professionnelles à regrouper leurs

plutôt que de laisser couler les créateurs de risque, ils doivent le faire ouvertement, et rendre compte, dans la plus grande transparence, des subventions octroyées.

Les subventions gouvernementales ne sont pas le seul moyen permettant aux petits créateurs de risque élevé de satisfaire à leurs obligations. Il est également hautement souhaitable d'encourager les associations professionnelles à regrouper leurs ressources afin d'acquérir collectivement le savoir-faire nécessaire, à l'image des syndicats australiens qui assurent la formation de leurs membres dans le domaine de la santé et de la sécurité. Les fonds levés grâce aux droits de licence peuvent également être utilisés pour subventionner les coûts de prévention et d'atténuation. Un tel système serait analogue aux fonds constitués pour les «automobilistes non assurés».

Il faut souligner que l'on s'est exagérément intéressé à l'insolvabilité, et pas assez au tort causé à autrui; il en découle que l'on ne veille pas suffisamment à ce que les dommages soient atténués. Lorsqu'on renonce à atténuer la pollution de l'air ou de l'eau, les dangers pour la sécurité ou les fausses représentations aux consommateurs, les coûts qui en résultent pour la société sont considérables et dépassent souvent ceux de la prévention et de l'atténuation du dommage.

On a beaucoup dit que le partage, avec les autres pays et avec le secteur privé, de la responsabilité pour l'information, la promotion, la pédagogie, la conception, la surveillance et les sanctions, permettrait de réaliser des économies. Et pourtant, si l'on veut qu'il y ait partage de la responsabilité, il faut instaurer un couplage étroit et veiller à renforcer la fonction de conseil et l'écoute des réactions. On trouve des exemples de cela tant dans le régime de sécurité des mines australiennes que dans le régime d'inspection HALLAL. En acceptant des coûts de coordination élevés, on renforce le potentiel de la fonction de conseil, mais on réduit considérablement les perspectives d'économie. Lorsque les coûts sont élevés, la fonction des coûts acquiert de plus en plus d'importance et les créateurs de risque sont moins bien placés pour agir comme s'ils étaient autonomes. Par conséquent, l'autoréglementation responsable et la coréglementation ont de bonnes chances de contribuer davantage à améliorer l'efficacité qu'à réduire les coûts ou le phénomène d'ingérence.

9.5 La responsabilité conjointe et individuelle

L'un des points névralgiques de la réglementation est constitué par les conséquences des actes d'une partie pour les autres parties. Compte tenu de ce facteur, et des préoccupations à l'égard des coûts et de la preuve, le concept juridique le plus prometteur est celui de la responsabilité conjointe et individuelle : les parties en cause sont tenues collectivement responsables de tous les coûts d'atténuation, à charge pour elles de décider, le cas échéant, que ces dépenses doivent être partagées et de négocier entre elles les modalités de ce partage. Appliquée dans le cadre de la loi américaine

sur le Superfund, la responsabilité conjointe et individuelle s'est avérée très efficace, notamment face aux parties récalcitrantes. Cependant, l'expérience du Superfund a clairement démontré que la responsabilité conjointe et individuelle n'est efficace que si, parallèlement, on insiste beaucoup plus sur l'équité de la procédure et de la loi, sans quoi la responsabilité conjointe et individuelle risque d'entraîner un grave sentiment d'injustice et de susciter une résistance.

La responsabilité conjointe et individuelle est une notion attrayante pour plusieurs raisons :

1. Elle fixe clairement comme objectif de la réglementation la réduction du quantum du dommage.

2. Elle souligne la nécessité de mesurer et de surveiller le quantum du dommage, de sorte que les besoins en matière d'atténuation et de prévention plus efficaces demeurent apparents.

3. Elle précise la responsabilité, au lieu de la laisser dans le vague. Ainsi, on a davantage la certitude que les entreprises devront supporter les coûts résultant de leurs processus de production; ces coûts ne seront pas traités comme des facteurs externes.

4. Étant donné que les coûts imposés à une entreprise risquent d'être catastrophiques, les dépenses visant à améliorer les systèmes de contrôle interne ont de meilleures chances d'être perçues comme des investissements.

5. Le quantum de la non-conformité tolérée - le déficit d'application - sera probablement réduit, en raison du fait que l'on se préoccupe moins de l'intention, et que les prévisions optimistes auront moins d'incidence sur la diligence requise.

6. La responsabilité conjointe et individuelle prend dûment en compte les phases finales, longtemps négligées, du processus réglementaire, et réduit l'importance donnée à la prévision et à l'évaluation du risque, lesquelles sont basées sur l'hypothèse que l'on ne doit réduire le dommage que lorsque sa probabilité est suffisamment importante pour justifier que l'on restreigne la liberté économique.

7. La responsabilité conjointe et individuelle encourage la prise de décision conjointe plutôt qu'individuelle. Elle reconnaît l'interdépendance entre les acteurs de la société, et ne prétend pas que les liens entre ces derniers sont très lâches.

Lorsqu'on met en relief la prise de décision commune et la coréglementation, on privilégie du même coup la nécessité d'une adaptation réciproque, ainsi que les

méthodes basées sur les conseils plutôt que sur les injonctions. Cette orientation améliore les chances d'innovation et atténue le risque de voir des règles caduques perdurer alors qu'elles ont depuis longtemps perdu leur utilité.

La notion de responsabilité conjointe et individuelle est également attrayante par le fait qu'il importe de l'associer à un souci renouvelé d'équité de la procédure et de la loi. Pendant trop longtemps, la recherche de l'efficacité économique, ou plus précisément d'un abaissement des coûts réglementaires, l'a emporté largement sur la recherche d'une plus grande équité. Lorsqu'on s'est penché sur la question de la surréglementation, on en a souligné le caractère onéreux, mais on a glissé sur le sentiment d'injustice ou sur les conflits qu'elle engendre. Quant à la sous-réglementation, elle a été négligée parce qu'on lui prête - à tort - un potentiel de réduction des coûts devant être supportés. De plus, les problèmes de privatisation ont mis en lumière les coûts, mais pas les conséquences d'un financement public, privé ou conjoint, pour l'équité de la loi et de la procédure.

Peut-être l'élément le plus digne d'intérêt du programme du Superfund est-il la question de la répartition des coûts entre les secteurs public et privé; en réalité, le programme offre deux options : soit les mesures correctrices sont élaborées, mises en oeuvre et financées par le secteur privé, mais doivent être autorisées par les pouvoirs publics, soit elles sont conçues, mises en oeuvre et autorisées par le secteur public, mais elles sont financées par le secteur privé.

La notion même de responsabilité conjointe et individuelle prête le flanc à une accusation d'injustice, tant au plan de la procédure que de la loi, lorsqu'elle n'est pas associée à un ensemble complémentaire de programmes visant à assurer les deux formes d'équité. Il importe d'appliquer avec justice tant le volet civil que le volet pénal de la réglementation. On ne peut aborder efficacement le problème de l'équité de la loi qu'à la condition de procéder de façon systématique à une surveillance des effets, et de suivre de très près l'exercice de la tolérance à l'égard de la non-conformité. On pourra, à cette fin, utiliser les méthodes suivantes :

* recourir davantage aux pénalités administratives, afin d'améliorer l'uniformité et la rapidité d'application des mesures incitative;
* exiger le paiement intégral de toutes les sanctions imposées;
* ne réduire les pénalités que si les mesures d'atténuation supplémentaire consenties sont proportionnelles à la réduction de la pénalité.

S'agissant du volet civil, l'équité nécessite les conditions suivantes :

* si l'on ne peut réunir toutes les parties en cause, il incombe au gouvernement d'assumer sa part de responsabilité. Ainsi, le gouvernement sera incité à employer tous les moyens pour que nul n'échappe à sa responsabilité;

* une large participation, au moment où l'on procède à l'évaluation des projets en matière d'atténuation.

La responsabilité conjointe et individuelle contient les ingrédients permettant de faire passer du secteur public au secteur privé une bonne partie du fardeau que représentent l'élaboration, la mise en oeuvre et le financement de stratégies d'atténuation. Elle peut donc promouvoir les objectifs de privatisation, tout en renforçant l'efficacité réglementaire.

10.0 CONCLUSION

10.1 L'épée à double tranchant : la réglementation relève-t-elle du civil ou du pénal?

Le principal objectif de la réglementation n'est pas de renforcer l'observation des règles, mais d'annuler le préjudice causé, grâce à une prévention et à une atténuation toujours plus efficaces. La non-observation des règles n'a pas pour cause première les mauvaises intentions des entités réglementées, mais résulte plutôt d'une connaissance insuffisante de leurs propres obligations, d'une équité qui laisse à désirer et d'une vérification inefficace de la conformité et des effets de la part du gouvernement.

L'inefficacité de la réglementation tient principalement à deux raisons. La première est que l'on n'a pas accordé suffisamment d'attention au volet civil de la réglementation, c'est-à-dire à l'atténuation du dommage causé. La seconde, plus largement admise, est que le volet pénal de la réglementation n'a pas été traité efficacement; cela est en partie attribuable au fait que l'on ne comprend pas bien la distinction entre les aspects civil et pénal.

Le volet civil de la réglementation, qui trouve sa meilleure illustration dans la loi américaine du Superfund soulève, dans l'ordre, quatre questions :

1. *Y a-t-il eu dommage ?*

On ne peut répondre à cette question que si la surveillance des effets a été adéquate. Si cette surveillance confirme qu'il y a effectivement eu dommage, on passe à la question suivante:

2. *Quelles sont les configurations permettant une atténuation adéquate et réaliste ?*

Une fois qu'une configuration considérée comme réaliste et adéquate a été choisie, on passe à la question suivante :

3. *Comment peut-on garantir la pleine application ?*

La dernière question est :

4. *Comment répartir les coûts de l'atténuation ?*

Le volet pénal de la réglementation commence par définir la diligence raisonnable comme étant le degré minimal de prévention jugée nécessaire face aux risques imposés à la société. On pose alors la question suivante :

1. *Y a-t-il eu diligence raisonnable, ou y a-t-il eu manquement au devoir de prévention des risques imposés à la société ?*

Une fois ce manquement établi, il faut l'interpréter :

2. *Y a-t-il eu manquement parce que le créateur de risque était mal informé, ou parce qu'il était mal intentionné ?*

S'il s'agit d'un défaut d'information, il incombe à l'autorité réglementante de prévoir une promotion ou une pédagogie ciblée, afin d'enseigner aux créateurs de risque leurs obligations ainsi que les méthodes disponibles ou prescrites pour y faire face. Si le schéma du comportement indique qu'il y a malveillance de la part du créateur de risque, il faut alors sanctionner sans faillir le défaut de prévention du risque imposé à la société; les sanctions administrées devront tenir compte de l'intention comme de la gravité du risque, et l'on veillera à ce qu'elles aient leur plein effet. Étant donné l'importance du schéma de comportement, il faudra intégrer des systèmes efficaces de gestion de l'information à toute configuration de surveillance de la conformité. Quant à la réduction des sanctions infligées pour comportement irresponsable à l'égard de la société, elle ne sera autorisée que pour un motif seulement : renforcer le degré d'atténuation.

Une réglementation efficace exige que l'on accorde une attention suffisante au volet civil comme au volet criminel de la réglementation, mais en réservant la prééminence au volet civil. Or, nous constatons que le volet pénal est aujourd'hui privilégié. En d'autres termes, la phase initiale du processus a reçu toute l'attention, tandis que la partie finale a été négligée. Ce phénomène est d'autant plus déplorable que la non-conformité n'est pas essentiellement due aux mauvaises intentions des particuliers ou des entités; ce qui ne signifie pas, au demeurant, qu'ils sont tous bien intentionnés; il est sans doute plus exact de considérer les créateurs de risque comme des calculateurs cyniques[196]. Il s'ensuit que le droit pénal n'est pas le meilleur instrument d'encadrement juridique dont puisse disposer l'autorité réglementante. L'intention n'est pas, en soi, d'une importance critique. La notion de responsabilité conjointe et individuelle, empruntée au contentieux civil et évoquée dans le chapitre précédent, réhabilite, quoique bien tard, la phase finale de la réglementation, tout en éliminant le problème de l'intention.

10.2 Alléger le fardeau : la réglementation par délégation

Tout au long de cette étude, nous avons analysé deux approches visant à transmettre la responsabilité du secteur public au secteur privé : l'autoréglementation responsable et l'utilisation créatrice de mesures incitatives.

L'autoréglementation responsable délègue le pouvoir consistant à proposer au secteur privé une définition de la diligence raisonnable, augmentant ainsi la probabilité de conformité. C'est donc au secteur privé beaucoup plus qu'au secteur public qu'il incombe de se renseigner sur les obligations, de diagnostiquer les méthodes de préventions inopérantes et d'élaborer des stratégies plus efficaces; il peut en aller de même pour la surveillance et pour les sanctions. La délégation est octroyée à certaines conditions. Cependant, on ne parviendra à une prévention satisfaisante que si la surveillance de la conformité et celle des effets sont suffisamment développées et équitables, et si l'on reste ferme face à la non-conformité et aux exigences en matière d'atténuation. Tout laxisme en la matière ne peut qu'affaiblir l'efficacité réglementaire. L'autoréglementation responsable, quoique modifiant le rôle joué par l'autorité réglementante et les entités exposées, ne limite pas nécessairement les empiètements du gouvernement sur le secteur privé. Son principal avantage tient au fait qu'elle améliore l'équité et les perspectives d'application, encourageant ainsi l'observation «volontaire».

On peut recourir à l'autoréglementation à l'appui de la co-réglementation, ou pour remplacer la réglementation gouvernementale. Les artisans de la déréglementation ont axé leurs efforts sur le remplacement de la réglementation gouvernementale par l'autoréglementation. Toutefois, il semble bien que cette approche soit loin d'avoir fait ses preuves.

Étant donné que la plupart des créateurs de risque sont des calculateurs cyniques, il n'y a pas lieu de s'en étonner. Quoi que disent les données recueillies, les opérateurs tiennent à cette méthode de réduction des coûts[197]. L'efficacité, pour le moins limitée, de la réglementation en matière de santé et de sécurité basée sur la philosophie de Robens infirme encore davantage la méthode consistant à substituer l'autoréglementation à la réglementation gouvernementale.

Il existe toutefois une démarche plus prometteuse qui reconnaît l'importance des mesures incitatives et des sanctions visant à modifier le comportement de ces calculateurs cyniques. Il s'agit de la responsabilité conjointe et individuelle; cependant, son efficacité risque d'être affaiblie par le système d'assurance non basé sur l'expérience. Les règles de divulgation de la *Security Exchange Commission (SEC)* applicables aux sociétés à capital ouvert (US-E-a-21) prévoient, comme mesure incitative, la publication des obligations pendantes en matière de conformité et d'atténuation. Quant à l'EPA, ses stratégies en matière civile concernant les retards de conformité (US-E-c-6) prévoient comme mesure incitative des pénalités visant à récupérer tout avantage financier résultant d'un retard dans l'observation.

Il apparaît donc, à l'évidence, que lorsqu'on examine les différentes méthodes permettant de réduire le rôle des pouvoirs publics en matière de limitation des dommages, il ne faut pas perdre de vue que la plupart des créateurs de risque ne s'embarrassent guère de scrupules. Tout choix de régime doit partir de ce constat.

Ainsi, l'autoréglementation ne doit pas être considérée comme une stratégie de réduction des coûts, mais plutôt comme une stratégie de renforcement de l'efficacité, venant compléter la réglementation gouvernementale et permettant un ciblage plus précis.

10.3 Renforcer l'efficacité réglementaire

La panoplie des mesures visant à renforcer l'efficacité réglementaire se doit, par conséquent, de comporter de nombreux éléments :

1. les volets pénal et civil de la réglementation doivent être clairement définis, et les raisons de ce caractère hybride clairement exposées.

2. Il faut accorder à la surveillance des effets et à l'atténuation des dommages beaucoup plus d'importance que par le passé.

3. Dans cet esprit, il faudra recourir à la responsabilité conjointe et individuelle, et insister, parallèlement, sur l'équité de la procédure et des textes législatifs ou réglementaires

4. Afin d'obtenir plus d'équité, il faut mieux encadrer la tolérance dont bénéficie la non-conformité; quant aux sanctions prononcées, elles doivent être uniformément appliquées et correspondre aux risques imposés à la société et aux antécédents du contrevenant. Il faudra distinguer les comportements dus à l'ignorance des obligations de ceux découlant de mauvaises intentions; l'intervention devra être rapide et efficace, et la même excuse ne saurait être invoquée une deuxième fois.

5. Il faudra appliquer des pénalités administratives afin d'obtenir des sanctions plus uniformes, des pénalités intégralement perçues et des réactions rapides en cas de non-conformité. Les sanctions pénales ne seront pas éliminées, car elles symbolisent le sérieux avec lequel la société considère la prévention des risques subis par ses membres. Face aux contrevenants mal intentionnés, on devra pouvoir recourir aux sanctions pénales comme à la mise en cause de la responsabilité conjointe et individuelle.

6. Les pénalités pour non-conformité devront être graduelles et augmenter rapidement en sévérité; elles devront être appliquées en fonction des antécédents et de la nature du risque créé, afin que les créateurs de risque puissent calculer avec précision les économies qu'ils réaliseraient en investissant dans la prévention.

7. L'autoréglementation doit être considérée comme une technique visant à compléter et non à remplacer l'encadrement réglementaire.

8. On évitera d'utiliser les exceptions comme instrument de promotion de l'innovation; on leur préfèrera les mesures incitatives et les sanctions.

9. La participation du public au processus réglementaire est l'un des ingrédients essentiels d'une plus grande équité. Le public joue un rôle essentiel dans la définition des risques nécessitant des mesures préventives et dans l'approbation des normes minimales de prévention. C'est pourquoi, tant le public que l'autorité réglementante doivent participer à l'approbation des stratégies d'atténuation proposées.

10. Pour pouvoir s'acquitter de ce rôle, il faut que le public ait accès, de plein droit, à des données fiables concernant les effets. Il incombe impérativement à l'autorité réglementante de recueillir ces données; en outre, elle doit assumer la responsabilité de leur précision.

11. Pour pouvoir exercer efficacement ses responsabilités, il faut que le public dispose d'instruments permettant de contrecarrer très rapidement les effets de la sous-réglementation. Pour ce faire, on doit pouvoir recourir à des ordonnances d'interdiction temporaire ainsi qu'à des ordonnances judiciaires, en joignant la restructuration des mesures d'application et d'atténuation.

12. Le public devra également compléter les connaissances du secteur public et sa capacité de conception, émettre des suggestions visant à améliorer le ciblage et entreprendre, à titre complémentaire, de surveiller la situation et de veiller à l'application des mesures.

Les programmes d'observation volontaire ont pour objectif la réduction des nuisances au moindre coût possible. Pour ce faire, il faut que l'encadrement opère de façon équilibrée sur les créateurs de risque comme sur les entités exposées; le souci de réduire les coûts ne doit, en aucun cas, l'emporter sur la détermination de parvenir à une réglementation efficace. La limitation des coûts, qui représente un moyen de renforcer l'efficacité réglementaire, ne doit pas être traitée comme une fin en soi.

Il est peu probable que les programmes d'observation volontaire parviennent à réduire, de façon notable, les coûts de la réglementation ou ses empiètements. De façon plus réaliste, on peut leur prêter la capacité d'améliorer la qualité de la réglementation, en réduisant le risque de surréglementation comme de sous-réglementation. Il est probable que, ce faisant, les programmes d'observation volontaire contribueront puissamment à améliorer l'équité de la procédure et de la loi, réduisant ainsi les risques de mouvements de protestation et de contentieux.

11.0 RECOMMANDATIONS

Les recommandations qui suivent portent sur trois thèmes majeurs développés dans ce rapport.

1. Il est nécessaire, si l'on veut parvenir à l'observation volontaire, de modifier fondamentalement les prémisses qui sous-tendent le dispositif réglementaire fédéral.

2. Il faudra repenser la structure incitative, ainsi que les encouragements et les pénalités visant à favoriser l'observation des règles, et consentir des investissements substantiels au titre de la surveillance des effets.

3. L'observation volontaire nécessite une réforme de fond, visant à éliminer les préjugés réglementaires traditionnellement favorables aux créateurs de risque. Il faudra, si l'on veut que le dispositif réglementaire soit davantage tourné vers les préoccupations des entités exposées à l'égard d'une réduction efficace du dommage, instaurer davantage de souplesse, renforcer l'équité de la loi et de la procédure et améliorer la responsabilité.

11.1 Repenser les prémisses

Recommandation 1 : La législation réglementaire fédérale doit avoir comme principaux objectifs la prévention des dommages futurs et l'indemnisation, ainsi que la réduction systématique des dommages causés par le passé.

Les objectifs proposés soulignent l'importance d'une définition claire de «l'impératif social» de la réglementation ainsi que des critères servant à évaluer les résultats obtenus. En mettant en relief le dommage qu'il faut prévenir ou atténuer, on facilite la tâche consistant à surveiller les effets des mesures; on renforce ainsi la responsabilité du dispositif réglementaire à l'égard du gouvernement et des entités recherchant une protection.

Recommandation 2 : Le dispositif réglementaire fédéral doit chercher à réduire les coûts de la conformité et de l'administration, dans toute la mesure compatible avec une prévention efficace et une réduction systématique du dommage.

Recommandation 3 : On assiste à la politisation du processus lorsque les intérêts des créateurs de risque revêtent une importance plus grande que ceux des entités exposées. Le rôle de l'autorité réglementante fédérale ne consiste pas à réduire les coûts et l'ingérence que la réglementation fait subir aux entreprises, lorsque cette réduction nuit à l'efficacité de la lutte contre le dommage. L'autorité réglementante

doit au contraire s'efforcer d'éviter et la sous-réglementation et la surréglementation, en accordant une attention suffisante aux exigences de la réduction des coûts mais aussi d'une atténuation maximale du dommage.

Recommandation 4 : La réglementation fédérale devrait promouvoir le recours, par les organismes réglementants fédéraux, aux programmes d'observation positive. Ces programmes n'ont pas pour objet de réduire les coûts imposés aux créateurs de risque; ils visent à améliorer l'efficacité de la réglementation en tant qu'instrument d'une atténuation du dommage et d'un renforcement de l'équité, en favorisant un équilibre de l'encadrement entre créateurs de risque et entités exposées.

L'observation volontaire ne doit pas être considérée comme une technique servant à réduire l'ingérence des mesures gouvernementales et à renforcer la dépendance à l'égard des forces du marché; elle représente, au contraire, une stratégie visant à favoriser une réglementation plus intelligente et à renforcer l'efficacité des efforts déployés pour atténuer les dommages, en créant des conditions qui persuaderont les créateurs de risque d'internaliser une part plus importante des coûts considérés aujourd'hui comme des externalités.

Recommandation 5 : Les programmes d'observation volontaire doivent :

1. améliorer la surveillance exercée par le public sur les initiatives du secteur privé, afin d'assurer la convergence entre les priorités publiques et privées;

2. renforcer le respect accordé aux intérêts publics comme aux intérêts privés;

3. prendre acte de la diversité des intérêts d'ordre public et de l'incapacité du gouvernement à tous les représenter adéquatement;

4. reconnaître la contribution qu'une large participation du public peut apporter à des prévisions précises des conséquences des méthodologies concurrentes; et

5. imposer une responsabilité conjointe du gouvernement et du public - pris dans ses différentes composantes - à l'égard de la définition, de la mise en oeuvre et de l'affinement de la notion «d'intérêt public».

Recommandation 6 : L'application de la réglementation fédérale doit être moins axée sur la dissuasion et accorder davantage d'attention à la nécessité de réduire la quantité et la répartition du dommage, en établissant de manière systématique et en appliquant de façon uniforme des mesures incitatives graduées, lesquelles encourageront

l'acquiescement volontaire aux normes de résultat considérées comme raisonnables tant par les créateurs de risque que par les entités exposées.

Recommandation 7 : Lorsque la réglementation ne s'applique ni à des gouvernements ni à de grandes entreprises, l'élaboration de mesures de conformité et d'application élaborées par le gouvernement doit partir de la prémisse que la plupart des entités visées ne connaissent pas leurs obligations légales et ne leur assignent qu'une priorité subalterne. La non-conformité doit être considérée comme la norme. Compte tenu de cette hypothèse de départ, lorsque le coût de la conformité est faible et qu'il n'est pas nécessaire de maîtriser une connaissance complexe, l'autorité réglementante devrait recourir à la promotion. Cependant, lorsque le coût de la conformité est élevé et qu'une conception efficace des mesures nécessite un savoir-faire spécialisé, il est probable qu'il faudra alors consentir des investissements considérables dans la pédagogie destinée aux entités réglementées afin de modifier leurs prémisses et leurs priorités.

Recommandation 8 : La rapidité, l'inéluctabilité et l'uniformité dans l'administration des mesures incitatives augmentent la certitude que les créateurs de risque devront subir des coûts, et leur permet d'évaluer les économies qu'ils pourraient réaliser en améliorant leur système de contrôle interne.

Recommandation 9 : Les pénalités administratives ont davantage de chances que les sanctions pénales d'améliorer la rapidité, la certitude et l'uniformité de l'application des mesures incitatives.

Recommandation 10 : Il faut recourir à des sanctions pénales lorsque, en présence d'un risque élevé ou de conséquences graves, l'absence de mesures préventives a entraîné un dommage démontrable; ces sanctions seront également employées contre des organisations dont les antécédents en matière de conformité sont insatisfaisants.

Recommandation 11 : Lorsque le risque est élevé et que les conséquences risquent d'être graves, les responsables des poursuites devraient pouvoir réclamer des sanctions tant civiles que pénales. Lorsqu'on souhaite que les poursuites contribuent de façon significative à la réduction du dommage, les sanctions pénales ne fournissent pas, à elles seules, les mesures correctrices nécessaires. Quant à la compensation, telle qu'employée aujourd'hui, il s'agit d'un concept trop étroit, puisqu'il se limite à l'indemnisation financière et ne tient pas compte de la nécessité de remédier aux dommages de manière à en éviter la propagation.

Recommandation 12 : Lorsqu'il existe un mandat moral clairement exprimé en faveur de la réduction d'une forme donnée et de la pleine internalisation du coût, il est probable que l'opinion réagira très vivement si l'on n'emploie pas de sanctions pénales de manière uniforme afin de faire comprendre aux contrevenants à quel point leur comportement est inacceptable pour la société. En outre, si l'on n'applique pas, de

façon uniforme, l'éventail des pénalités qui traduisent le degré de réprobation de la société à l'égard de la non-conformité, cela ne manquera pas d'affaiblir la légitimité de l'appareil judiciaire aux yeux des entités exposées.

Recommandation 13 : Les organismes réglementants fédéraux doivent consacrer davantage d'attention à :

1. la conception des règlements, afin d'en améliorer l'efficacité comme instrument servant à prévenir le dommage;

2. la réduction de la sous-réglementation et de la sous-application, davantage de fermeté à l'égard de la non-conformité et une meilleure rédaction des textes réglementaires; et

3. une plus grande efficacité des vérifications gouvernementales, afin de s'assurer que les obligations sont honorées et que l'incidence du dommage est rapidement et uniformément réduite.

Recommandation 14 : Lorsqu'on recommande les programmes d'observation volontaire, il faut prévoir également un renforcement de la surveillance des effets de la réglementation sur la réduction des dommages. Un accès aussi large que possible doit être réservé aux résultats, étant donné que le gouvernement, les entités exposées et les créateurs de risque ont tous besoin d'informations précises concernant l'efficacité des pratiques réglementaires en vigueur. Il faut, en outre, pouvoir s'appuyer sur l'équité de la loi et de la procédure pour renforcer la légitimité des mesures réglementaires; enfin, si l'on veut éviter la surréglementation, il faut mettre davantage l'accent sur la réduction du dommage.

Recommandation 15 : Le processus juridique doit être restructuré, et rendu plus sensible à la nécessité d'un équilibre de l'encadrement entre entités exposées et créateurs de risque, pour répondre aux besoins d'application de normes de résultats considérées de part et d'autre comme acceptables.

Recommandation 16 : Compte tenu de l'incidence négative des retards sur la conformité ultérieure, les décisions relatives au calendrier et aux ajournements doivent tenir compte des besoins des entités exposées.

Recommandation 17 : Le conseil juridique ministériel doit jouer un rôle plus actif, en informant notamment les agents réglementaires sur la façon dont l'encadrement juridique pourrait être utilisé pour atteindre plus efficacement les objectifs réglementaires. Il faut prévoir des réunions plus fréquentes entre les avocats détachés et ceux travaillant pour d'autres organismes réglementants, afin qu'ils débattent des méthodes permettant d'améliorer l'efficacité des poursuites. Il faut intensifier le

roulement de ces avocats entre les diverses agences, afin qu'ils acquièrent une compréhension plus large du droit réglementaire (les textes) par opposition au droit administratif (la procédure), et des stratégies visant à renforcer l'efficacité réglementaire.

Recommandation 18 : Les agents des autorités réglementantes fédérales doivent se réunir plus d'une fois par an afin d'analyser les stratégies permettant de réduire de façon plus efficace les déficits d'application et de mieux utiliser les mesures incitatives.

11.2 L'élaboration de mesures incitatives

11.2.1 Bien comprendre l'objet des mesures incitatives

Recommandation 19 : Les objectifs assignés aux principes et aux pratiques réglementaires doivent reconnaître expressément que le respect des règles suppose l'application uniforme et inéluctable de mesures incitatives graduées.

Recommandation 20 : L'application d'amendes dans le domaine réglementaire doit viser principalement à l'internalisation des coûts. Dans cette perspective, il importe que les amendes reflètent fidèlement la gravité du dommage entraîné par une action donnée et tiennent compte des antécédents des particuliers ou des entités responsables du dommage. On peut aussi utiliser les amendes pour financer l'indemnisation et pour accroître les ressources servant à réduire les déficits d'application.

Recommandation 21 : Il faut que les mesures incitatives employées soient efficaces. C'est ainsi que les amendes infligées doivent être pleinement perçues, afin de promouvoir l'internalisation des coûts.

Recommandation 22 : Afin de promouvoir l'internalisation des coûts par les créateurs de risque, il faudrait recourir aux amendes basées sur l'équité, qui tiennent compte de l'actif des sociétés.

Recommandation 23 : Les amendes ne devraient pas être versées au fonds du revenu consolidé, mais conservées en fiducie et utilisées afin de réduire les déficits d'application et d'accélérer les mesures visant à atténuer rétroactivement les dommages causés.

Recommandation 24 : Les organismes responsables fédéraux ne doivent pas perdre de vue que la négociation des amendes nuit à l'uniformité de l'application et empêche les créateurs de risque de calculer avec précision le rendement que pourraient avoir des investissements au titre de la prévention et de l'atténuation. En cas de

négociation des amendes, les organismes réglementants fédéraux devraient être tenus de préciser dans quelle mesure ils pensent que ces négociations amélioreront la réduction du dommage (US-E-c-2).

Recommandation 25 : Afin de réduire les risques de sous-réglementation, il faudrait assujettir à une vérification le paiement des amendes et l'exécution des obligations visant à réduire le dommage.

11.2.2 La réduction du déficit d'application

Recommandation 26 : Tous les organismes réglementants fédéraux devraient surveiller l'application des mesures incitatives, afin de mieux identifier les déficits d'application. Les réductions d'effectifs affectant le corps des inspecteurs augmentent le risque de déficit d'application; les chances de voir les mesures incitatives appliquées de façon uniforme en sont affectées.

Recommandation 27 : Il faut essayer d'enrayer les déficits d'application, car ils réduisent l'incitation à investir dans l'amélioration des systèmes de contrôle internes et des technologies d'atténuation du dommage afin d'améliorer la conformité.

Recommandation 28 : Chaque fois que les organismes responsables fédéraux s'abstiennent (en tout ou en partie) de prendre des mesures en cas de non-conformité, ils doivent justifier leur décision par écrit et la consigner dans un registre public; il en va de même lorsqu'ils considèrent que la conformité intégrale n'est pas nécessaire. De même, il faudra justifier par écrit - et consigner dans un registre public - les pénalités importantes infligées à des entités sans pouvoir.

Recommandation 29 : Afin d'identifier les agents réglementaires faisant preuve d'un laxisme excessif, il faudrait exiger des responsables des organismes réglementants fédéraux qu'ils examinent, de façon systématique, les raisons pour lesquelles la conformité n'a pas été exigée. En outre, afin d'identifier les agents réglementaires faisant preuve d'une sévérité excessive, ces mêmes responsables devraient examiner les raisons pour lesquelles de lourdes pénalités ont été infligées à des entités sans pouvoir.

Recommandation 30 : Nul ne devrait être autorisé à invoquer une dérogation de conformité comme moyen de défense devant un tribunal ou durant la négociation d'accords de règlement. En effet, ce genre de moyen de défense encourage la sous-application et nuit à une réduction systématique du dommage.

Recommandation 31 : Lorsqu'on subventionne les contrevenants, ou qu'on exempte les petites entreprises de l'exigence de conformité, on réduit l'incitation à se plier aux règles prescrites et on augmente le risque auquel sont exposées certaines

entités relativement à d'autres. En outre, cette attitude mine les efforts visant à promouvoir l'internalisation des coûts. En effet, lorsque les entreprises, privées ou publiques, ne parviennent pas à attirer suffisamment de ressources pour assurer la conformité à des normes dont la sévérité va croissant, elles souffrent de sous-capitalisation. Or, il ne faut pas autoriser les déficits d'application uniquement attribuables à la sous-capitalisation.

Recommandation 32 : Le droit des sociétés, ainsi que les autres règles relevant de la compétence fédérale (voir US-E-a-21) devraient prévoir la divulgation des obligations et des engagements à caractère réglementaire.

11.2.3 La création d'une hiérarchie de mesures incitatives

Recommandation 33 : Les mesures incitatives ainsi que les pénalités ayant pour fonction de promouvoir la conformité devraient être organisées selon une hiérarchie permettant une progression rapide en sévérité. En voici un exemple :

* promotion
* conseil
* avertissement d'ordre général
* avertissement particulier
* avis/injonction d'amélioration
* négociation de calendrier de conformité
* contravention; amende forfaitaire
* pédagogie : exiger l'acquisition du savoir-faire nécessaire au diagnostic et à la conception
* publicité
* ordonnance d'indemnisation (individuelle)
* évaluation des dommages civils causés aux particuliers/entités
* évaluation des dommages civils causés à des catégories de particuliers/entités
* sévérité graduée des amendes - calcul des amendes en fonction des économies réalisées du fait de la non-conformité
* négociation d'accords d'atténuation
* suspension des privilèges administratifs
* saisie de l'équipement ou du produit
* ordonnance d'interdiction
* injonction
* destruction du produit
* probation/mise en fiducie de l'entreprise
* radiation de la liste; refus de l'accès au marché
* suspension, limitation, révocation de la licence
* emprisonnement des responsables de l'entreprise

* disqualification professionnelle

Recommandation 34 : La généralisation par catégorie des mesures incitatives devrait être fonction de la gravité du risque causé, de la gravité du dommage et des antécédents en matière de conformité. Les modifications de ces variables doivent être rapidement reflétées dans les changements apportés aux mesures incitatives.

Recommandation 35 : L'autorisation du Parlement devrait être obtenue pour l'application de sanctions administratives et pour l'aggravation des amendes, afin que le dispositif d'incitation reflète fidèlement les antécédents en matière de conformité. On s'assurera ainsi que les récidivistes internalisent les coûts engendrés par leurs actes et que leur refus de se conformer leur vaut des pénalités de plus en plus lourdes.

Recommandation 36 : Étant donné que l'aggravation des amendes est une mesure incitative, et non la sanction d'un délit, les recettes correspondant aux amendes perçues devraient pouvoir être utilisées pour financer d'autres mesures incitatives, telles que les récompenses offertes aux citoyens qui dénoncent les cas de non-conformité entraînant un risque ou un dommage sévère; ces recettes pourraient également alimenter un fonds général servant à financer les dépenses de nettoyage ou d'indemnisation, en cas d'insolvabilité de la partie responsable.

Recommandation 37 : Les ministères fédéraux concernés devraient explorer l'utilité de pénalités administratives «à effet retard» en cas de non-conformité, semblables à celles employées par l'EPA (US-E-c-6) et adresser, à ce propos, des recommandations aux organismes réglementants.

Recommandation 38 : Si l'on veut que les amendes modifient le comportement des créateurs de risque faible ou modéré, il faut prévoir une aggravation rapide des pénalités infligées aux contrevenants récalcitrants.

Recommandation 39 : Les responsables fédéraux de la réglementation doivent moduler constamment le taux d'aggravation des amendes, afin de maintenir l'incitation à investir dans des technologies d'atténuation et dans des systèmes internes de contrôle plus efficaces.

Recommandation 40 : Il faudrait encourager le secteur privé à recourir davantage aux dispositifs incitatifs basés sur le dossier de l'intéressé (par exemple, les primes d'assurance automobile variables en fonction du nombre de points et/ou de condamnations). Tant le secteur public que le secteur privé devraient mettre en oeuvre et appliquer de façon systématique une large panoplie de privilèges, adéquatement hiérarchisés, afin d'encourager la conformité.

Recommandation 41 : Les responsables fédéraux de la réglementation devraient se consulter, afin d'envisager de conjuguer ou de renforcer mutuellement les mesures prises par les différents organismes réglementants. Il faudrait demander au Parlement un mandat autorisant une action conjointe, lorsque les objectifs de plusieurs dispositifs réglementaires convergent et qu'on peut ainsi les atteindre avec davantage d'efficacité.

11.2.4 Les «casiers réglementaires»

Recommandation 42 : Tous les organismes fédéraux et provinciaux chargés de l'administration des règlements fédéraux devraient constituer des «casiers réglementaires» informatisés.

Recommandation 43 : Ces «casiers réglementaires informatisés» devront indiquer le rôle joué par l'autorité réglementante, les instruments et les mesures incitatives employés ainsi que les résultats obtenus pour chaque contact entre créateur de risques et autorité réglementante. Ils préciseront également toutes les sources de non-conformité identifiées lors des auto-vérifications, les engagements d'élimination de la non-conformité et de réduction des dommages découlant de ces constats, ainsi que l'attestation de résultat.

Recommandation 44 : Les «casiers réglementaires» devront mentionner tous les cas de non-conformité autorisés par le Cabinet, le Ministre, l'autorité réglementante, les procureurs ou les tribunaux, ainsi que les justifications correspondantes.

Recommandation 45 : Lorsque le Cabinet ou les ministres autorisent la non-conformité, ils doivent justifier l'exemption accordée, afin que l'on puisse faire appel de leur décision.

Recommandation 46 : Toutes les informations contenues dans le «casier réglementaire» doivent être traitées comme non confidentielles et être admissibles comme éléments de preuve (en tant qu'informations accessibles au public) à l'étape judiciaire.

Recommandation 47 : Les données créés par les «casiers réglementaires informatisés» doivent être utilisées pour améliorer la responsabilité des agents réglementaires envers les organismes responsables au niveau fédéral, et la responsabilité de ces derniers envers le Parlement.

Recommandation 48 : Le gouvernement du Canada devrait créer un registre public, rendant accessibles les «casiers réglementaires» établis par les organismes fédéraux responsables, afin de mettre ces informations à la disposition des entités exposées. Ainsi, les créateurs de risque pourraient également vérifier l'exactitude des

données contenues dans leur «casier» et, au besoin, en réclamer la rectification. Ainsi, le libre accès permettrait de rendre ces données publiques, même lorsque l'organisme réglementant préfère ne pas utiliser la publicité à l'appui de son action.

Recommandation 49 : Les organismes réglementants fédéraux et provinciaux devraient échanger leurs «casiers réglementaires». En outre, tous les organismes gouvernementaux devraient adopter, dans ce domaine, une présentation commune et s'entendre sur une désignation uniforme des créateurs de risque. Il faudrait, dans la mesure du possible, prévoir la mise en réseau des «casiers réglementaires» élaborés par les différents organismes.

Recommandation 50 : Le choix des stratégies d'atténuation doit être considéré comme un privilège accordé au vu du «casier réglementaire», c'est-à-dire proportionnellement à la mesure dans laquelle un créateur donné de risque manifeste la volonté et la capacité de se comporter de manière responsable à l'égard de la société.

Recommandation 51 : Les «casiers réglementaires» devraient servir à déterminer si les créateurs de risque méritent des mesures réglementaires entraînant une moindre ingérence. De cette façon, la déréglementation devient une récompense, que l'on peut octroyer ou retirer en fonction du comportement du créateur de risque.

Recommandation 52 : Il faudrait employer le «casier réglementaire» pour identifier les particuliers et les entités auxquels il y a lieu de refuser les contrats, les subventions ou les prêts émanant du gouvernement fédéral - ou des organismes assujettis à réglementation fédérale - pendant une période d'au moins six mois (voir à titre d'exemple, US-E-A-3).

11.2.5 La quantification du risque et des mesures incitatives

Recommandation 53 : L'élaboration, par les autorités réglementantes fédérales, des mesures de conformité et d'application doit poser, au départ, que lorsque le risque est élevé et les conséquences graves, la stratégie réglementaire et le dispositif incitatif applicable ne sont pas les mêmes que lorsque le risque est relativement faible et les conséquences bénignes.

Recommandation 54 : L'élaboration, par les organismes réglementants fédéraux, de mesures de conformité et d'application, doit poser au départ que lorsque le risque et ses conséquences sont relativement bénins, il incombe à l'autorité réglementante d'entreprendre une promotion ciblée, et d'appliquer de façon homogène les mesures destinées à encourager un réaménagement des processus de production et une gestion efficace de la réduction du dommage causé.

Recommandation 55 : Les autorités réglementantes fédérales devront chercher à obtenir la collaboration des créateurs de risque et de leurs associations, de même que celle des entités exposées, pour l'élaboration d'activités de promotion bien ciblées et la mise au point de mesures incitatives venant compléter et renforcer de manière adéquate celles adoptées par les autorités réglementantes afin d'accroître l'efficacité des stratégies de réduction du dommage.

Recommandation 56 : Dans le domaine industriel, lorsque le risque et ses conséquences sont relativement bénins, on insistera sur la promotion afin que le créateur de risque soit mieux informé de ses obligations légales. Étant donné que, dans ce secteur, la non-conformité est souvent attribuable à l'ignorance de ces obligations, les premières sanctions devront être légères, toute récidive entraînant cependant des pénalités beaucoup plus sévères.

Recommandation 57 : Lorsque le risque et ses conséquences sont relativement bénins, l'autorité réglementante fédérale ne devra pas manquer d'appliquer les mesures incitatives qui s'imposent, afin que les entités et les particuliers concernés prennent conscience du caractère contraignant de leurs obligations et y consacrent l'attention nécessaire.

Recommandation 58 : Étant donné que les groupes associés à un faible risque ne connaissent pas les stratégies de réduction des dommages et ne cherchent pas à les connaître, il incombera à l'autorité réglementante fédérale, lorsqu'elle souhaite modifier leur attitude, d'associer des activités de promotion ciblées à une surveillance étroite de la conformité lors de la phase initiale.

Recommandation 59 : Lorsque le risque et ses conséquences demeurent relativement faibles et qu'il n'y a pas eu préjudice, il faut considérer le premier et le deuxième cas de non-conformité comme des infractions réglementaires, et les sanctionner au moyen de code d'infractions et de systèmes de contravention.

Recommandation 60 : Les organismes réglementants fédéraux doivent établir une nette distinction entre les mesures destinées à encadrer les activités à haut risque et celles destinées aux activités ne présentant que des risques et des conséquences relativement faibles. Lorsque le risque est élevé, et les conséquences graves, les créateurs de risque doivent acquérir la capacité de porter un diagnostic et d'adapter eux-mêmes rapidement leur système de contrôle interne. En effet, l'adoption de techniques ou de procédures simples et normalisées n'offre qu'une protection insuffisante contre les dommages.

Recommandation 61 : Lorsque le risque est élevé et les conséquences graves, il est impossible de recourir aux moyens légers que représente la réglementation associée à une promotion bien ciblée. Dans ce genre de cas, on ne devra pas reculer devant

l'ingérence, car il incombe à l'autorité réglementante fédérale d'enseigner aux créateurs de risque à penser par eux-mêmes, plutôt que de suivre des règles. On s'efforcera donc de transformer l'approche du créateur de risque, ses priorités et les compromis auxquels il est disposé. En outre, un encadrement spécial pourra être nécessaire, quel qu'en soit le coût, car la gravité du risque exige de son auteur qu'il soit capable de mettre au point des mesures de réduction du risque correspondant aux circonstances.

Recommandation 62 : Les organismes responsables fédéraux devraient encourager les associations professionnelles, ainsi que les experts conseils relevant du secteur privé comme du secteur public, à jouer un rôle d'appoint en conseillant et en formant les entreprises présentant des risques élevés. Ces conseils et cette formation devraient viser à renforcer les systèmes de contrôle interne et la capacité conceptuelle nécessaire à une réduction volontaire des dommages.

Recommandation 63 : L'autorité réglementante fédérale devrait user de son pouvoir de contrainte afin de renforcer la prise en compte effective et l'application rapide des conseils prodigués par les spécialistes du secteur privé.

Recommandation 64 : On devra réserver l'encadrement et la formation financés à même les fonds publics aux cas pour lesquels il est démontré, au moyen d'une procédure normalisée (voir le système ABLE de l'EPA) qu'une entreprise ou une instance gouvernementale ne peut pas s'en charger. Les conseils financés à même les fonds publics devront avoir pour contrepartie le respect de normes de résultats préétablies et la période d'admissibilité devra être limitée. En outre, on prévoira une vérification annuelle des résultats du créateur de risque, afin de vérifier son admissibilité et de l'encourager à améliorer constamment ses résultats.

Recommandation 65 : Les conseils et la formation, qu'ils soient fournis par l'autorité réglementante ou financés à même les fonds publics, doivent être considérés comme un privilège qui se mérite, et non comme un droit dont tous peuvent se réclamer, quels que soient leurs antécédents.

Recommandation 66 : Les organismes fédéraux responsables devraient envisager l'utilisation de certificats de compétence dans les cas d'activités à haut risque. En effet, cet instrument réglementaire pourrait être utilisé avec profit au Canada, car il semble que la menace de disqualification professionnelle constitue une incitation puissante, de nature à encourager les intéressés à se tenir informés de l'évolution des règlements et des progrès techniques visant à réduire les dommages.

11.2.6 L'autoréglementation responsable

Recommandation 67 : Les meilleures chances de parvenir à l'autoréglementation responsable sont réunies lorsque l'internalisation des coûts a été efficacement promue au moyen de la réglementation, du régime incitatif et de la jurisprudence. Une fois les coût internalisés, l'entité est bien placée pour passer à l'autoréglementation responsable, notamment lorsque la situation tend à varier et présente une certaine complexité.

Recommandation 68 : Les autorités réglementantes fédérales devraient, en temps normal, considérer l'autoréglementation responsable comme un privilège coûteux, exclusivement réservé aux créateurs de risque présentant des antécédents exceptionnels en matière de conformité et ayant investi afin d'acquérir le savoir-faire nécessaire à la mise sur pied d'un système spécifique de réduction des dommages intégrant les améliorations de façon continue, et ayant fait la preuve qu'ils sont suffisamment convaincus de la nécessité de réduire les dommages pour mettre en oeuvre rapidement les mesures adéquates.

Recommandation 69 : L'autoréglementation responsable ne devrait être autorisée qu'une fois obtenue l'acceptation, par le créateur de risque, de sa pleine responsabilité civile à l'égard de l'atténuation de tout dommage résultant de son activité (US-E0b-2).

Recommandation 70 : Le recours à l'autoréglementation responsable suppose, de la part d'un organisme réglementant fédéral, qu'il dispose des ressources voulues pour surveiller tant l'application que les effets, et qu'il possède les connaissances lui permettant de proposer, au créateur de risque, des mesures susceptibles d'améliorer sa démarche en matière de réduction du dommage. L'autoréglementation responsable ne doit donc pas être utilisée comme méthode de réduction des coûts, car cela risque d'entraîner la sous-réglementation et une prise en compte insuffisante des obligations gouvernementales à l'égard des entités exposées.

Recommandation 71 : Les organismes fédéraux devraient voir dans l'autoréglementation responsable le moyen de démontrer aux entreprises dont les résultats sont insatisfaisants, que les mesures de réduction des dommages sont éminemment applicables et rentables. C'est pourquoi les données relatives aux coûts, aux économies réalisées et aux effets obtenus devraient être largement diffusées et employées pour l'amélioration des normes de conception et de résultat.

Recommandation 72 : Les inspecteurs fédéraux devraient rechercher toutes les occasions de déléguer ou de partager avec les créateurs de risque et leurs associations, ainsi qu'avec les experts-conseils du secteur privé, leur rôle d'interprète/traducteur, d'enseignant et de conseiller, même si c'est dans ce rôle qu'ils se sentent le plus à l'aise. Cela nécessitera sans doute que l'on s'inspire davantage d'initiatives tel que le *California*

Cooperative Compliance Program, le *Voluntary Protection Program* et le *Consultation Exemption Program* de l'OSHA, ou que l'on élabore des programmes de désencadrement (entrevues de Bardach et Kagan), des programmes d'assurance de la qualité (entrevues de Bardach et Kagan), la fixation de normes dans un contexte privé (Cheit, 1987) et l'utilisation sélective de programmes d'autoréglementation, tels que ceux étudiés par l'*Australian Trade Practices Commission*.

Cette délégation pourrait se faire par la création d'un système de répertoires, qui encouragerait les pays exportant vers le Canada à renseigner leurs entreprises sur notre réglementation, à inspecter les installations de production afin de garantir la conformité à nos normes et à mettre en oeuvre un régime de licences d'exportation qui pourrait être suspendu en cas de non-conformité. Un certain nombre d'organismes pourraient apporter une assistance sous forme de pédagogie de base, de promotion et de conseils spécialisés aux responsables de l'atténuation du dommage.

Il est probable qu'en obtenant du secteur privé qu'il assume la responsabilité d'acquérir et de communiquer les connaissances relatives aux obligations, de surveiller leur application, de désigner les options permettant de répondre aux obligations, et de proposer de meilleures définitions de ces dernières afin de les rendre plus efficaces et moins onéreuses, on améliorera la qualité de la réglementation, à condition que le secteur public surveille étroitement les effets des mesures prises, afin de s'assurer que la quantité des dommages causés et la gravité de leurs conséquences sont en déclin constant.

Recommandation 73 : Lorsqu'on délègue au secteur privé les rôles d'interprète/traducteur, d'enseignant et de conseiller, il faut alors que la responsabilité d'évaluer les stratégies proposées pour prévenir et atténuer les dommages soient assumée conjointement par les responsables fédéraux de la réglementation et les membres intéressés du public. Il importe, lorsque les agents fédéraux responsables définissent les obligations auxquelles doivent satisfaire les stratégies du secteur privé, qu'ils tiennent suffisamment compte des préoccupations du public et s'assurent qu'il n'y aura pas sous-réglementation.

Recommandation 74 : Lorsqu'elles délèguent les rôles d'interprète/traducteur, d'enseignant et de conseiller au secteur privé, les autorités réglementantes fédérales doivent continuer de surveiller le dommage et s'assurer que les changements prescrits sont mis en oeuvre sans délai, afin d'obtenir l'atténuation rapide et la prévention plus efficace des dommages. À défaut d'une telle action, les conflits se trouveront exacerbés, ce qui alourdira le coût du processus réglementaire.

11.2.7 Le suivi des effets

Recommandation 75 : En cas de besoin, les organismes réglementants fédéraux devraient bénéficier d'un financement supplémentaire leur permettant de mieux assurer le suivi des effets. Les résultats de ce suivi devraient être consignés dans un registre public, tenu par les ministères concernés ou par un organisme central. De telles données pourraient enrichir considérablement les rapports annuels établis par les organismes fédéraux de réglementation.

Recommandation 76 : Les données de suivi des effets provenant de tous les organismes fédéraux de réglementation devraient être analysées par une instance gouvernemental compétente, laquelle établirait un rapport destiné à être soumis au comité parlementaire compétent. Ce rapport devrait porter sur les stratégies visant à améliorer l'efficacité du processus réglementaire et mettre en lumière les succès et les échecs remportés face à la surréglementation et à la sous-réglementation.

Recommandation 77 : Il incombe aux autorités réglementantes fédérales de veiller à ce que la souplesse dont elles pourraient faire preuve ne nuise pas aux mesures d'atténuation ni à l'équité dans la répartition de ces dernières. En effet, à défaut de transparence et de mesures précises de la quantité et de la répartition des procédures d'atténuation, les entités exposées exigeront l'application sévère de normes minimales et entraveront la souplesse nécessaire à la promotion de l'observation volontaire. C'est pourquoi le suivi des effets constitue un préalable essentiel à la souplesse en matière réglementaire.

Recommandation 78 : Les autorités réglementantes fédérales soucieuses d'améliorer la réceptivité à l'innovation devraient élaborer des techniques permettant de suivre efficacement l'incidence sur les dommages causés, afin d'accélérer les procédures d'atténuation. Si l'on veut que les techniques novatrices, les protocoles de réduction et l'observation volontaire soient largement acceptés, il faut auparavant élaborer des méthodes efficaces de mesure.

11.3 Les stratégies de réduction du dommage

Recommandation 79 : Pour être efficace, la réglementation doit accorder au redressement des torts causés et à l'indemnisation davantage d'importance qu'aux pénalités imposées pour avoir porté préjudice à autrui. Il faut toutefois souligner que les pénalités imposées dans ce cas expriment l'importance que la société attache à une répression efficace des activités à haut risque. En outre, il est indispensable de les percevoir effectivement si l'on veut que le régime incitatif stimule les investissements au titre de la prévention, tant il est vrai que lorsqu'on s'abstient d'imposer une pénalité

proportionnelle au préjudice causé, on favorise la sous-réglementation et on sape la légitimité du régime réglementaire.

Recommandation 80 : Le ministère de la justice du Canada devrait explorer un certain nombre de voies conduisant à des engagements exécutoires de réduction du préjudice, en analyser les avantages et les inconvénients et faire profiter les autorités réglementantes fédérales du résultat de ses recherches.

Recommandation 81 : Les organismes fédéraux de réglementation devraient s'engager, à l'avance, à exiger l'élimination du préjudice découlant d'une prévention inadéquate. C'est seulement à cette condition que l'on pourra endiguer la progression des dommages.

Recommandation 82 : Le Parlement devrait légiférer afin d'assigner, de façon explicite, une responsabilité conjointe et individuelle pour tout dommage découlant d'une prévention inadéquate, et les tribunaux devraient être expressément habilités à obtenir des entreprises toute divulgation nécessaire à la mise en cause des responsables.

Recommandation 83 : Chaque fois qu'il y a eu préjudice, les contrats de résultats/accords de règlement devraient être négociés par des instances réglementaires fédérales et enregistrés auprès des tribunaux afin de devenir exécutoires (US-E-b-2), et l'authentification du respect des conditions fixées devrait être obligatoire. Le fait d'exiger que des organismes réglementants fédéraux négocient un accord d'atténuation chaque fois qu'il y a eu préjudice, ne manquera pas d'encourager les créateurs de risque à investir dans la prévention. Il faudra incorporer au casier réglementaire les ententes ainsi négociées ainsi que les certificats attestant du respect des conditions fixées.

Recommandation 84 : Avant d'être entérinées, les conditions des ententes de règlement devraient être soumises à l'examen du public. Il incombera aux instances réglementantes de contrôler les certificats de bonne exécution et d'évaluer de façon systématique l'incidence de l'application sur l'entente conclue. Il faudrait également consigner ces données, leur interprétation ainsi que les recommandations pour l'avenir, dans un registre public qui sera tenu par un organisme centralisateur fédéral.

Recommandation 85 : Les conditions de tous les engagements, quelles que soient les modalités retenues par les instances réglementantes fédérales pour les négocier, devraient être consignées dans un registre public afin que la population, les investisseurs et les concurrents puissent contribuer à leur application.

Recommandation 86 : Les instances réglementantes fédérales doivent considérer le recours à des stratégies d'atténuation comme un privilège. Ce privilège sera modulé sur la base du comportement d'une entité, dont l'observation permettra de déterminer sa détermination et son aptitude à agir de façon responsable à l'égard de la société.

Recommandation 87 : La mise au point des contrats de résultats/ententes des règlements devrait revenir aux personnes ayant la compétence générale nécessaire ainsi qu'une connaissance directe des obstacles d'ordre technique ou organisationnel à leur application intégrale. Il s'ensuit que cette mise au point pourra incomber soit à l'autorité réglementante, soit être partagée avec le secteur privé, soit encore être entièrement assumée par ce dernier.

Recommandation 88 : C'est aux instances réglementantes fédérales que doit revenir la responsabilité d'autoriser la formule retenue pour un contrat de résultats/entente de règlement. Il faudra toutefois prévoir une consultation élargie avec les entités exposées et avec les experts de organismes créateurs de risque ayant une bonne connaissance des points forts et des points faibles du système de contrôle interne et de tous les obstacles éventuels à sa réorganisation efficace.

Recommandation 89 : Les instances réglementantes fédérales doivent éviter d'adopter les stratégies d'inspection qui affaiblissent l'incitation à investir dans des méthodes toujours plus efficaces de prévention. C'est ainsi que la décision, prise pour l'OSHA, de ne pas inspecter les entreprises présentant des casier réglementaires supérieurs à la moyenne, a considérablement affaibli la motivation de ces entreprises à investir dans l'atténuation des dommages.

11.4 La recherche d'un encadrement équilibré

11.4.1 Le libre-accès et la participation du public

Recommandation 90 : Les programmes d'observation volontaire devraient privilégier les éléments suivants :

1. surveillance, par le public, des initiatives du secteur privé afin d'assurer la convergence entre les priorités publiques et privées;

2. la nécessité de tenir pleinement compte de l'intérêt public et de l'intérêt privé;

3. la diversité des intérêts publics et l'incapacité du gouvernement à représenter, de façon satisfaisante, toutes les composantes de l'intérêt public;

4. la contribution qu'une large participation de la population peut apporter à une bonne prévision des conséquences des méthodologies concurrentes; et

5. la responsabilité conjointe, du gouvernement et des groupements publics, à l'égard de la définition, de la mise en oeuvre et de l'affinement du concept «d'intérêt public».

Recommandation 91 : La participation du public permet aux entités exposées de formuler certains avis; ces derniers, s'ils sont écoutés, peuvent contribuer à améliorer l'efficacité des décisions réglementaires, ou fournir des points de vue nouveaux et informés valant d'être pris en compte lors d'une procédure contradictoire. Il ne faut jamais perdre de vue, cependant, que la participation du public risque fort d'exacerber les conflits en mettant en relief des points de vue contradictoires et en explicitant les conséquences du choix d'une solution au détriment d'une autre. En outre, si les avis prodigués ne sont pas écoutés, il faut s'attendre à une réaction indignée alimentant l'aspect contentieux et à une nouvelle politisation du processus réglementaire.

Recommandation 92 : Il faut encourager tant les entités exposées que les créateurs de risque à participer, sur un pied d'égalité, à la fixation des normes de résultats, à la surveillance de ces derniers et à celle des effets. À cette fin, il faut que tous les participants à ces processus aient accès, sans la moindre entrave, à toutes les informations réglementaires existantes et à toutes les ressources nécessaires en matière de conception, mais aussi de défense de leur point de vue. Dans ce contexte, la notion de confidentialité doit être définie de façon très restrictive, car une bonne application des programmes d'observation volontaire suppose l'accès aux données pertinentes concernant les dommages et leur étiologie.

Recommandation 93 : On devra veiller à garantir aux intéressés l'accès, le plus en amont possible, aux organes décisionnels, ainsi qu'aux informations nécessaires à la défense d'une position ou à la réfutation d'un point de vue adverse. Il faut considérer comme un droit l'accès aux interrogatoires, aux contre-interrogatoires et aux ressources nécessaires à l'obtention et à l'interprétation des informations.

Recommandation 94 : Les registres publics, tels que ceux utilisés par l'*Australian Trade Practices Commission*, contribuent de façon précieuse à l'accès aux informations critiques; c'est pourquoi il faudrait en généraliser l'utilisation. Il faudra toutefois veiller à bien consigner dans ces registres les données provenant de la surveillance des effets ainsi que leur interprétation.

Recommandation 95 : Les responsables fédéraux de la réglementation devront veiller à bien démontrer aux groupements publics intéressés qu'ils ont accordé toute l'attention nécessaire à leur point de vue. Il est probable que le régime des commissions d'enquêtes sera considéré comme plus équitable qu'une audience officielle ou un appel présenté au ministre, et notamment lorsque ce dernier ne bénéficie que d'une marge discrétionnaire limitée, comme c'est le cas en Australie du Sud.

Recommandation 96 : Afin d'augmenter les chances de voir les tiers considérer le processus réglementaire comme équitable au plan de la loi comme au plan des procédures, on veillera à observer les points suivants :

1. la négociation des stratégies d'atténuation doit être un processus ouvert et faisant une place aux préoccupations des tierces parties;

2. les pénalités infligées pour non-conformité doivent refléter fidèlement les valeurs de la société; et

3. il faudra démontrer, preuves à l'appui, que des progrès réguliers sont accomplis sur la voie de l'atténuation.

Recommandation 97 : Afin de combattre la sous-réglementation, il faudra renforcer les moyens permettant d'élaborer, de vérifier et de focaliser la présentation de prévisions concurrentes ainsi que les postulats et les priorités qui les sous-tendent. Ce processus permettra aux entités exposées de critiquer les normes négociées et les accords de règlement, tout en incitant davantage l'autorité réglementante à élaborer des normes et des mesures correctrices tenant compte des préoccupations des entités exposées.

Recommandation 98 : Il faudra veiller à ce que les instances réglementantes rendent compte de chaque décision de ne pas poursuivre un contrevenant, car l'absence de responsabilité dans ce domaine risque de nuire à l'équité. En effet, lorsque la non-conformité demeure impunie, l'organisme réglementant risque de perdre de vue sa responsabilité, à savoir parvenir à un équilibre entre les priorités des créateurs de risque et celles des entités exposées.

Recommandation 99 : Le ministère de la justice du Canada devrait analyser les instruments juridiques tels que des causes d'action privées, les actions collectives, la libéralisation des règles, les incitations monétaires et les injonctions d'application que les entités exposées peuvent utiliser afin de mettre en cause la sous-réglementation. Il faudrait faire davantage connaître ces instruments, pour que les citoyens puissent, en cas d'exécution inadéquate d'un engagement, prendre des mesures concrètes pour en obtenir l'application plutôt que de devoir se limiter à proclamer leur indignation et à politiser le processus réglementaire.

11.4.2 Les services juridiques ministériels

Recommandation 100 : Les juristes du ministère de la Justice détachés auprès des organismes de réglementation devraient participer à la rédaction et à la refonte des lois et des réglementations ainsi qu'aux réactions aux poursuites entamées et aux

attaques lancées contre l'autorité réglementaire. Une telle participation permettra non seulement aux juristes d'apporter un savoir-faire utile, mais permet aussi de montrer clairement qu'ils sont au service de l'organisme de réglementation.

Recommandation 101 : La Conférence annuelle sur le droit administratif devrait moins insister sur le droit administratif et se préoccuper davantage de droit réglementaire. La Conférence devrait se réunir plus fréquemment et faire appel à des personnes capables de stimuler la discussion sur les instruments réglementaires et d'encourager les échanges fondés sur une comparaison des expériences. Ces conférences doivent avoir pour objectif la présentation mutuelle de nouvelles stratégies réglementaires, les échanges de conseils ainsi que l'identification des changements survenant dans le travail juridique des organismes réglementants et l'évolution du comportement des créateurs de risque et des entités exposées justifiant une approche plus générale.

11.4.3 L'évaluation des pratiques en vigueur

Recommandation 102 : Le ministère de la justice du Canada devrait encourager le bureau du Contrôleur général à évaluer, à intervalles réguliers, l'efficacité de programmes réglementaires fédéraux donnés, en regard des objectifs fixés par la loi. De telles évaluations pourraient mettre en lumière les modifications à apporter au mandat législatif, ainsi qu'aux pratiques de gestion et aux priorités budgétaires[198].

Recommandation 103 : Le Parlement devrait financer des évaluations externes à la fois systématiques, périodiques et objectives de chaque organisme fédéral de réglementation. Les critères d'évaluation devraient être proposés par les entités principalement affectées par la politique de cet organisme[199].

Recommandation 104 : Le ministère de la Justice du Canada devrait financer une étude portant sur les procédures utilisées par les organismes fédéraux et provinciaux de réglementation pour déléguer leur pouvoir réglementaire au secteur privé, et visant à déterminer si le secteur privé complète l'action des instances réglementaires ou les remplace dans leur rôle. Il faudra, dans ce cadre, évaluer les normes de résultats employées, la fréquence et la forme des vérifications, ainsi que les conséquences en matière d'implication des entités exposées.

Recommandation 105 : Afin d'améliorer l'efficacité de la Conférence annuelle sur le droit administratif, il faudrait financer l'établissement de rapports, par des experts-conseils, sur l'amélioration des stratégies auxquelles pourraient recourir les organismes de réglementation fédéraux et provinciaux chargés de l'application de la réglementation fédérale, afin de limiter les déficits d'application.

Recommandation 106 : Il faudrait prévoir les fonds nécessaires à une étude de nouvelles stratégies visant à améliorer la réceptivité du système réglementaire aux priorités des créateurs de risque comme des entités exposées.

Recommandation 107 : Il faudrait financer une recherche portant sur les stratégies alternatives permettant de canaliser l'indignation provoquée par les processus réglementaires, afin que soit mieux compris le mécanisme des audiences, qui a la préférence des entités exposées.

Recommandation 108 : Un groupe de travail spécial devrait être chargé d'étudier la manière dont on pourrait restructurer les processus réglementaires fédéraux, afin de mieux dissiper l'indignation constatée à l'égard des questions réglementaires. Ce groupe de travail devrait avoir pour mandat d'étudier les points suivants :

1. Quels changements seraient de nature à permettre aux parties de mieux influencer les résultats ?

2. Comment peut-on améliorer l'équité des textes et de la procédure ?

3. Comment peut-on réduire les retards et les frais judiciaires ?

12.0 NOTES

[1] Braithwaite, 1985.

[2] Bardach et Kagan, 1982a.

[3] Voir Armour, 1987: 16-17.

[4] Vogel, Reiss, Kagan, 1987; Braithwaite, 1978.

[5] Black, 1976: 4.

[6] Hawkins: 4.

[7] Hawkins: 6.

[8] Les différents auteurs ne s'accordent pas sur les questions de savoir si la répression pénale renforce ou, au contraire, affaiblit l'adhésion vlontaire, et si le fait de concentrer l'attention sur les pénalités pour non-conformité nuit à l'objectif de réduction des dommages.

[9] Voir aussi Baldwin, 1987.

[10] Voir Barnett, 1987.

[11] La stratégie en matière de réforme réglementaire. Canada: Bureau du Conseil privé, 1986.

[12] Mitnick, 1980: 274-8.

[13] Bardach and Kagan, 1982a: 131.

[14] Les données recueillies par Bardach et Kagan, au cours d'entrevues avec des professionnels de la sécurité et avec des représentants de Cal-OSHA nommés auprès de grandes compagnies pétrolières, montrent qu'il est beaucoup plus difficile d'obtenir des données exactes en matière d'émissions lorsque les relations entre les compagnies et l'autorité réglementante sont conflictuelles.

[15] Rees (1986a), faisant l'historique de deux grandes entreprises de construction, lesquelles participaèrent en fin de compte toutes les deux au *Cooperative Compliance Program* californien, souligne que l'observation volontaire, qui avait été encouragée dans les manuels édités par ces entreprises à l'époque de l'adoption de la loi sur l'OSHA, avaient enregistré un recul en raison de la surréglementation. On constata, parallèlement aux mesures prises par les sociétés pour contester les injonctions. Une modification des rapports jusque-là

axés sur la coopération, ces rapports devenant conflictuels. Étant donné les chances de succès des contestations entreprises, cette méthode s'avèra plus efficace, pour les sociétés en cause, que les investissements au titre de la sécurité.

[16] L'histoire de l'OSHA est particulièrement intéressante, car elle jette un éclairage sur ces processus; voir le chapitre 7.

[17] Voir note 12 ci-dessus.

[18] Liroff, 1986: 99.

[19] United States: Environmental Protection Agency, 1986b.

[20] Rees, 1986a.

[21] Bardach et Kagan, 1982a: 131.

[22] Rees, 1986a; Bardach et Kagan (1982a: 131) constatèrent également que «la légalisation de la réglementation augmente les moyens dont dispose l'inspecteur pour susciter une coopération, à condition qu'il sache les utiliser à cette fin».

[23] Baldwin, 1987; Genn, 1987 et rees, 1986a.

[24] Rees, 1986a.

[25] Ce privilège est utilisé, avec une efficacité remarquable, par le *South Australia Department of Marines and Harbours*.

[26] Voir Fisse et Braithwaite, 1983.

[27] Hawkins, 1987.

[28] Brown et Rankin, 1988.

[29] United States: Environmental Protection Agency, 1984a.

[30] United States: Environmental Protection Agency, 1984b; 1986c.

[31] United States: Environmental Protection Agency, 1986b.

[32] Voir le chapitre 7, en particulier le sous-section consacrée au nettoyage des déchets dangereux.

[33] Mitnick, 1980: 274-8.

[34] Genn, 1987; Baldwin, 1987.

[35] Rees, 1986a; Gray et Jones, 1987; Bardach et Kagan, 1982a, Scholz, 1984a; 1984b; 1987.

[36] Braithwaite et Grabosky, 1985; Braithwaite, 1985.

[37] Genn, 1987.

[38] Rees, 1986a.

[39] Le chapitre consacré par Rees à l'agent désigné pour assurer l'observation volontaire fournit déexcellents éléments sur le rôle de conseil et de légitimation joué par cette catégorie d'agents, lorsqu'on a recours à l'auto réglementation responsable; ibid. chapitre 6.

[40] Bardach et Kagan, Interview Materials, California Safety and Occupational health Administration. American Regulatory Agencies, microfiche 1-14, toronto: Micromedia Limited, 1988.

[41] Genn, 1987.

[42] Genn, 1987.

[43] Scholz, 1987: 19-20.

[44] Rees, 1986a. Ces résultats tendent à confirmer les travaux de Scholz.

[45] Genn, 1987.

[46] Rees, 1986a.

[47] Genn, 1986.

[48] Baldwin, 1987.

[49] Baldwin, 1987.

[50] Baldwin (1987) indique les cas où il faut avoir recours à une stratégie d'application particulière.

[51] Gray et Jones, 1987: 21.

[52] Scholz, 1984b: 398.

[53] Wavermann, 1982.

[54] Voir, en particulier, le processus d'autorisation adopté par l'*Australian Trade Practices Commission*, ainsi que le mécanisme permettant à l'*Australian Industries Assistance Commission* d'élaborer ses recommandations au ministre de l'Industrie, de la Technologie et du Commerce, chapitre 2 ci-dessus, et chapitre 8.

[55] Reich, 1964.

[56] Perrow, 1970: 76.

[57] Grabosky et Braithwaite, 1986: 117.

[58] Ibid.: 122.

[59] Marcus, 1986.

[60] Abegglen et Stalk, 1985: 167.

[61] Voir l'analyse, proposée par Abegglen et Stalk (1985), des relations entre Kaisha et les institutions financières Japonaises, et le contraste avec le modèle de relations entre les entreprises et les institutions financières américaines, page 167.

[62] Reich, 1983: ch. 4, et Mintzberg, 1979: ch. 18.

[63] Kast et Rosenzweig, 1987; Mintzberg, 1979: ch. 21.

[64] Grabosky et Braithwaite, 1986: 82.

[65] Penguilly; Baar, 1986b.

[66] Grabosky et Braithwaite, 1986: 81.

[67] Ibid.: 82.

[68] Ibid.

[69] Ibid.: 83.

[70] Baar, 1986b.

[71] Goeller: 36.

[72] Baldwin, 1987: 38.

[73] Hawkins, 1983.

[74] Les Britanniques ont souligné la nécessité «d'atomes crochus», si l'on veut que le créateur de risque suive les suggestions de l'agent responsable. Voir plus haut, nos commentaires sur «les arrangements au sein de l'élite».

[75] United States: General Accounting Office, 1983a.

[76] L'auteur exprime sa reconnaissance à M. John Skinner pour les informations communiquées sur ce thème au cours d'une entrevue.

[77] United States Comptroller General, Feb. 1985.

[78] Ibid.: 65.

[79] Entrevue avec M. Richard May.

[80] United States: General Accounting Office, 1983.

[81] Le GAO a constaté des problèmes analogues de non-déclaration: 8 pour cent des firmes ne faisaient aucune déclaration et 37 pour cent d'entre elles soumettaient des rapports incomplets.

[82] Selmi, 1985.

[83] Solomon et Nowak, 1980.

[84] Entrevue avec M. Wallace Wikowski, Federal Trade Commission.

[85] Burrough et Lubove, 1986: 1.

[86] Entrevue avec M. Richard Kozlowski, Mobile Source Program, EPA.

[87] Braithwaite, 1985.

[88] C. Reich, 1964.

[89] Fairbairn et Prabhu, 1988.

[90] Mitnick, 1980: 274-8.

[91] Administrative Conference of the United Stats, 1987.

[92] Schoenbrod, 1983a: 1469.

[93] État Unis : Environmental Protection Agenc, 1987a. On a également constaté une résistance de la part des avocats «qui craignent e voir les choss leur échapper. Ils sont

convaincus que s'ils parviennent à garder la haute main sur les négociations, ils la garderont aussi sur l'affaire». (entrevue avec M. Richard May, ancien Conseil Juridique de l'EPA).

[94] Cheit, 1987: 10-12.

[95] Pour une analyse approfondie du processus alternatif de résolution des différends, voir Merry et Silbey, 1987; Buckle et Buckle, 1986; et Schoenbrod, 1983a; 1458.

[96] Yale Law Journal, 1978: 407.

[97] C'est ainsi que le Consumer Credit Act britannique porte la référence UK-X-a-2. La première lettre indique le pays d'origine de l'instrument ou du programme réglementaire; la deuxième, la zone de réglementation (E pour «Environmental»), O pour «Occupational Health and Safety»), et X pour les zones diverses); la troisième lettre représente un sous-groupe et le chiffre la position du profil au sein du groupe. On trouvera, au début de la seconde étude, le détail des codes d'inventaire.

[98] Hawkins, 1984: ch. 1.

[99] Ibid.: 4-5.

[100] Genn, 1987.

[101] Baldwin, 1987.

[102] Genn, 1987; Baldwin, 1987.

[103] Baldwin, 1987.

[104] Genn, 1987: 18.

[105] Ibid.: 19.

[106] The Economist, dans son numéro de décembre 1980, prend note de cette évolution: «De façon inattendue, le resserrement de la réglementation gouvernmentale en matière de santé des travailleurs a tourné à l'avantage de l'industrie (americaine). C'est ainsi que l'adoption de règles plus sévères en matière de lutte contre la poussière dans les filatures de coton a incité les entreprises à se débarrasser d'une quantité impressionnante de machines vétustes et inefficaces, et à les remplacer par ce qui se fait de mieux dans ce domaine». Citation extraite de l'analyse effectuée par l'United States Office of Technology, page 88.

[107] Ibid.

[108] Grabosky et Braithwaite, 1986: 37.

[109] Baar, 1986b.

[110] Voir le chapitre 8, qui souligne cette approche américaine pour le moins curieuse en matière de «protection» de l'environnement. Elle permet, en effet, aux pollueurs opérant sur plusieurs sites, de traiter ces derniers comme s'il n'y en avait qu'un seul, un peu comme s'ils étaient tous regroupés sous une «bulle géante de tennis» et partageaient par conséquent l'air dispensé sous cette bulle - d'où l'image employée; on effectue ensuite une péréquation des normes d'émission entre les sites, ce qui permet en fait aux pollueurs d'échanger des «unités de valeur» ou «crédits», afin de ne pas dépasser le seuil au-delà duquel il y a violation.

[111] Richardson et al., 1982.

[112] Entrevues avec M. R. Robinson, Director of Enforcement Policy EPA et M. J. Skinner, Engineering Research EPA.

[113] Rees, 1986: ch. 5; voir également le chaptire suivant pour une analyse plus détaillée.

[114] Voir également Genn, 1987: 4.

[115] Baldwin, 1987a: 25-26.

[116] Baldwin, 1987b: 137.

[117] Genn, 1987: 9-10.

[118] Ibid.: 27.

[119] Genn, 1987: 39-53.

[120] Baldwin, 1987a: 32.

[121] Ibid.: 36.

[122] Ibid.: 42.

[123] Baldwin, 1987b: 151-153.

[124] Baldwin: 1987a: 41.

[125] Ibid.: 154.

[126] Rees, 1986: ch. 5.

[127] McCrudden, 1987: 231; Dickens: 109-116.

[128] Baar, 1986b.

[129] Rees, 1986: 193.

[130] Ibid.: 193.

[131] Ibid.: 196.

[132] Les compagnies ont donné comme consigne à leurs responsables de la sécurité des projets, et aux surveillants de projets, d'effectuer une ronde hebdomadaire. Le responsable de projets doit ensuite, sur la base de cette ronde, présenter un rapport d'une page indiquant les dangers constatés et les mesures prises pour y remédier.

[133] Rees, 1986: 264.

[134] Ibid.: 155.

[135] Ibid.: 170.

[136] Ibid.: 255.

[137] Ibid.: 154.

[138] Voir également, en annexe, la référence au Registre fédéral, octobre 1987.

[139] Marcus, 1986.

[140] Voir également Clean Sites Inc., 1986; 1987.

[141] Clean Sites Inc., 1986: 22-23.

[142] Étant donné que le règlement se fait sous l'égide de la justice, il faut également prévoir un risque d'opposition de la part de citoyens insatisfaits du remède prescrit et de son application. Voir Bermann: 14.

[143] General Accounting Office 86-123: 14.

[144] General Accounting Office 86-123: 19.

[145] United States: Environmental Protection Agency, 1987b.

[146] United States: Environmental Protection Agency, 1987b.

[147] Bermann: 15.

[148] Cet exemple illustre parfaitement deux rôles qui ne se complètent pas nécessairement, mais qui échoient aux inspecteurs qui appliquent le régime des permis. Le premier consiste en une action pédagogique auprès des parties, afin de les renseigner sur leurs obligations et sur les meilleures façons de les honorer; il s'agit alors de bien cibler l'information et de mettre en lumière ce qui est réalisable, compte tenu de la situation particulière du créateur de risque et des préoccupations des entités exposées. Le deuxième rôle consiste à examiner une proposition de plan d'action, afin d'en évaluer les chances de conformité et les perspectives de réduction du dommage en fonction des méthodes sélectionnées. Le but de cette analyse est double: d'une part, on explore les façons d'améliorer la proposition initiale et, d'autre part, on essaye de déterminer si les mesures proposées répondront aux normes de résultats auxquelles doivent satisfaire les titulaires de permis, afin de justifier l'autorisation du projet par les organismes responsables.

[149] L'une des personne3s interrogées a déclaré: «si nous n'avions besoin que d'une autorisation légale, nous pourrions nous en remettre à de simples commis... Aux États-Unis... l'inspecteur des mines est un simple gratte-papier qui se promène avec son recueil de règles et son carnet d'injonctions ous le bras, et qui dresse ses procès-verbaux... Je trouve que c'est une attitude parfaitement anit-professionnelle...» Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Queensland Department of Mines: 5-7.

[150] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Western Australian Department of Mines: 42-3.

[151] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Queensland Department of Mines: 36.

[152] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Queensland Department of Mines: 33.

[153] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Victoria Mines and Energy: 5-6.

[154] Ibid.

[155] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Northern Territory Department of Mines: 7.

[156] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite : Ministère des mines, Territoires du Nord-Ouest : 3.

[157] Perrow, 1970 : 73.

[158] Ibid.

[159] À l'inverse, le processus d'autorisation de l'Australian Trade Practices Commission exempte les parties en cause des obligations légales imposées aux autres membres de la catégorie, en raison de l'intérêt public représenté par l'exemption.

[160] Voir la note 108.

[161] On ne sait pas encore si les amendements apportés en 1990 au Clean Air Act par l'administration Bush auront une incidence sur la péréquation des «unités de valeur» ou sur les permis délivrés par les États. Parmi les dernières déclarations officielles sur ce thème, citons l'Emissions Balancing Policy du 7 janvier 1988 (53, Federal Regulations 480), la NSPS Bubble Policy, du 4 août 1987 (52, Federal Regulations 28946) et la Final Emissions Trading Policy, du 4 décembre 1986 (51, Federal Regulations 43814).

[162] Liroff, 1986: 62.

[163] Ibid.: xvii.

[164] Ibid.: 67-69.

[165] Voir également Galligan, «Agreements with the Queensland Government», à paraître sous peu. La majorité des données concrètes qui suivent ont été puisées dans les informations contenues dans cette étude.

[166] Le texte de la loi est reproduit dans une étude ultérieure.

[167] Galligan (à paraître): 27.

[168] Ibid.: 21.

[169] Brownlie, 1988: 2.

[170] Corrigan, 1988.

[171] Andrew, 1988: 1.

[172] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Department of Primary Industry.

[173] L'une des entrevues de Grabosky et Braithwaite avec des représentants du Department of Primary Industry illustre leurs préoccupations : «Lorsque nous nous réunissons au sein des *Industry Advisory Groups ou de l'Inspection Policy Council*, qui est un organisme nommé par l'administration, nous ressassons aux représentants de l'industrie les problèmes de non-conformité ou de normes de sécurité. En fait, nous essayons de convaincre des gens tout à fait myopes, parfaitement incapables de regarder au-delà des huit prochains jours, des effets bénéfiques que pourra avoir telle ou telle mesure d'ici un an».

[174] Le Department of Primary Industry a récemment confié à M. Jenkins la mission d'examiner le programme et d'y proposer des améliorations. Étant donné l'accent mis par la surveillance exercée de l'intérieur comme de l'extérieur, il est probable que l'on mettra au premier plan l'amélioration constante des systèmes de contrôle interne des producteurs.

[175] Goffman, 1962.

[176] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, South Australian Consumer Affairs: 1.

[177] McGillis, 1986.

[178] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, South Australian Consumer Affairs.

[179] McGillis, 1987: 70.

[180] Entrevue avec Grabosky et Braithwaite, Victoria Consumer Affairs: 2.

[181] Voir également l'analyse consacrée aux assurances d'observation volontaire dans la section intitulée «un potpourri de techniques», au chapitre 6.

[182] Voir également Baar, 1986b.

[183] Penguilly: 214.

[184] Spier: 14.

[185] Rhodes, 1982: 229.

[186] Sommaire de Fisher: 150-151.

[187] Gilpin, 1985.

[188] Entrevue de l'auteur avec M. Alan Gilpin, Sydney, Australie, 17 juillet 1986.

[189] Nous développons, un peu plus loin, la notion de responsabilité conjointe et individuelle.

[190] Paulus, 1974.

[191] Grabosky et Braithwaite, 1986.

[192] Baar et Baar, 1986.

[193] Au cours d'une entrevue téléphonique avec un représentant de l'EPA, l'auteur a appris que, suite à ces négociations, Exxon déclare aujourd'hui davantage de violations à l'EPA que ce n'est le cas dans l'autre sens. La personne interrogée a également souligné que les réductions de coût opérées par l'entreprise l'avaient conduite à désinvestir dans le domaine du contrôle interne; cependant, après réception d'une facture imposante qui regroupait toutes les pénalités infligées, on assista à un réinvestissement.

[194] Bardach et Kagan, 1982a.

[195] Stenning et Shearing, 1988.

[196] Kagan et Scholz, 1984.

[197] Même l'*Australian Trades Practices Commission*, dirigée par M. McComas, ardent défenseur du remplacement de la réglementation gouvernementale par l'autoréglementation, a été appelé à reconnaître les limites de cette approche : Trades Practices Commission (1988), vol. 1.

[198] Le *United States General Accounting Office* effectue en ce moment ce genre d'évaluations.

[199] Ces études ont sans doute des points communs avec Gibson et Savan 1986, évaluation entreprise par la Fondation canadienne pour la recherche sur le droit de l'environnement.

BIBLIOGRAPHIE

Abegglen, James and George Stalk Jr.

1985 Kaisha: The Japanese Corporation, New york: Basic Books.

Administrative Conference of the United States

1983 A Guide to Fedéral Agency Rulemaking.

1987 Sourcebook: Federal Agency Use of Alternative Means of Dispute Resolution, Washington.

American Bar Association, Standing Committee on Dispute Resolution

1987 Dispute Resolution, 21, Summer.

Anderson, F.R.

1985 «Negotiation and Informal Agency Action», Duke Law Journal, 261-3.

Andrew, A.E.

1988 «Hallal Certification of Meat for Export to Islamic Countries», April.

Armour, A.E.

1987 «Socially Responsive Impact Management: a Discussion Paper», North York: Faculty of Environmental Studies, September.

Australia National Occupational Health and Safety Commission

1985 Occupational Health and Safety Act, No. 35 of 1985, 361.

Australia Trade Practices Act

1986 Trade Practices (Transfer of Market Dominance) Amendment Act 1986, No. 8 of 1986, 88.

1986 Trade Practices Revision Act, 1986, No. 17 of 1986, 168.

Australia Trade Practices Commission

1988 Self-Regulation in Australian Industry and the Professions, Volume I, Volume II and Volume III.

1986 Trade Practices Bulletin, Canberra, September-October.

1986 Annual Report, Canberra: Australian Government Publication Service.

Australian Environmental Council

1983 Management and Disposal of Hazardous Waste, Canberra: Australian Government Publication Service.

Australian Quarantine and Inspection Service, Department of Primary Industry and Energy

1988 «Australia Government Supervised Muslim Slaughter System».

Baar, Ellen

1986a «Redesigning Regulation: Insights from Down Under», Délibérations de l'Association canadienne du droit et de la société, microfiche.

1986b «Policies, Preferences and Tiering of Regulation: Decision-Making by the Australian Trade Practices Commission», manuscrit non publié.

Baar, Ellen and Carl Baar

1986 «Using Regulation to Manage Interdependencies», The Social Science Journal, Spring 2-44.

Bailey, Elizabeth

1987 Public Regulation: New Perspectives on Institutions and Policies, Cambridge, Ma: MIT Press.

Baldwin, Robert

1987 «Rules and Works», document établi pour l'UK Health and Safety Executive, V. 3.

Baldwin, Robert and Christopher Mc Crudden

1987 Regulation and Public Law, London: Weidenfeld and Nicolson.

Bardach, Eugene and Robert Kagan

1982a Going By the Book: The problem of Regulatory Unreasonableness, Philadelphia: Temple University Press.

1982b Social Regulation: Strategies for Reform, San Fransisco: Institute for Contemporary Studies.

Barker, M.

1984 «Environmental Quality Control: Regulation or Incentives», Environment and Planning Law Journal, 222-232.

Barnett, Arnold

1987 «Airline Safety: Some Empirical Evidence from the Past Ten Years», paper presented at the Annual Meeting of the Law and Society Association, Washington: juin.

Bartrip, P.W.J.

1987 «The Regulation of Lead Poisoning in the White Lead and Pottery Industries in the Nineteenth and Early Century», document établi pour

Bates, G.M.

1983 Environmental Law in Australia, Sydney: Butterwoths.

Beaumont, P.B.

1983 Safety at Work and the Unions, Australia: Croom Helm.

1981 «Explaining Variation in the Enterprise Response to Industrial Relations Legislation: The Case of Safety Representative Regulations», Personnel Review, v. 10, # 2.

Bingham, Gail

1986 Resolving Environmental Disputes, Washington: Conservation Foundation.

Black, Donald

1976 The Behavior of Law, New york: Academic Press.

Blakeney, Michael

1985 «Regulation by Raised Eyebrow ? The Australia Broadcasting Tribunal and the Federation of Australian Commercial Television Stations», présenté à la réunion annuelle de l'*Australian Law and Society Association*, Canberra, décembre.

Braithwaite, John

1987 «Negotiation Versus Ligitation: Industry Regulation in Great Britain and the United States», American Bar Foundation Research Journal, Spring/Summer, 559-574.

1985 To Punish or Persuade: Enforcement of Coal Mine Safety, Albany, NY: State University of New York Press.

1982 «Enforced Self-Regulation: a New Strategy for Corporate Crime Control», Michigan Law Review 80: 1466-1507.

Braithwaite, John and Brent Fiss

1987 «Preventive Law and Managerial Auditing», in Managerial Auditing Journal.

1985 «Varieties of Responsability and Organizational Crime», Law and Policy, 7.

Braithwaite, John and Peter Grabosky

1985 Occupational Health and Safety Enforcement in Australia: a Report to the National Occupational Health and Safety Commission, Canberra: Australian Institute of Criminology.

Brown, Richard M.

1988 «A comparison of the British Columbia and Ontario Worker's Compensation Boards», exposé présenté à Windsor, lors de la réunion annuelle de l'Association canadienne du droit et de la société, le 8 juin 1988.

Brown, Richard M. and T.M. Rankin

1988 «Persuasion, Penalties and Prosecution: The Treatment of Repeat Offenders under British Columbia's Occupational Health and Safety and Pollution Control Legislation», Victoria: Faculty of Law, University of Victoria.

Brownlie, L.E.

1988 «Hallal Certification of Australian Meat», June 18.

Buckle, Leonard and Suzanna Buckle

1986 «Placing Environmental Mediation in Context: Lessons from "Failed" Mediation», Environmental Impact Review, 6, 55-70.

Burrough, Bryan and Seth Lubove

1986 «Credibility Gap: Some Concerns Fudge Their Safety Records to Cut Insurance Costs», Wall Street Journal, 2 décembre, p. 1.

Burton, Tony

1988 «Planning Inquiry Procedures», unpublished memo, July 18.

1980 «Structuring Corporate Compliance Programs for Pollution Control Requirements», v. 35, 1459-91.

Canada Privy Council Office

1986 Regulatory Reform Strategy, Ottawa.

Carson, W.G.

1981 The Other Price of Britain's Oil: Safety and Control in the North Sea, Oxford: Martin Robertson.

1870 «Some Sociological Aspects of Strict Liability and Enforcement of Factory Legislation», Modern Law Rewiew, 33, 396-412.

Cheit, Ross

1987 «Administrative Procedures and Private Regulation», exposé présenté à la réunion annuelle de la *Law and Society Assocation*, Washington D.C., juin.

Clean Sites Inc.

1987 Clean Sites Annual Report, V; 3.

1986 CSI Solving Problems, v. 3.

Clifford, John Charles

1988 «Controlling the Middlemen: Governmental Problems Associated with Privalte Inspection», exposé présenté à la réunion annuelle de l'Association canadienne du droit et de la société, Windsor, juin.

Coffee, J.C.

1981 «No Soul to Damn, No Body to Kick: An Unscandalized Essay on the Problem of Corporate Punishment», Michigan Law Review, 79: 412-24.

Coleman, James William

1985 «Law and Power: The Sherman Antitrust Act and its Enforcement in the Petroleum Industry», Social Problems, 32, February, 264-274.

Cook, Brian J.

1986 «Characteristics of Administrative Decisions About Regulatory Form: A Case Analysis», American Politics Quarterly, 14, october, 294-316.

Corrigan, M.

1988 «Australian Government Supervised Muslim Slaughter System», Council for the Protection of Rural England.

1985 «Appealing for Fairness», Submission to House of Commons (UK) Environment Committee Inquiry into Planning Appeal System and Major Public Inquiries.

Cranston, Ross

1979 Regulating Business: Law and Consumer Agencies, London: Macmillan.

Daneke, Gregory and David J. Lamk (eds.)

1985 Regulatory Reform Reconsidered, Boulder, Colorado: Westview Press.

Di Mento, Joseph

1986 Environmental Law and American Business, New York: Plenum.

Dingell, James

1982 «One Goal Many Agencies: an Assessment of Pesticide Residue Regulation in Animal Feeds and Animal Meat Products», Foods, Drug, Cosmetic Law Journal, 41, 467-511.

Edelman, Lester and Frank Carr

1987 «The mini-trial: An Alternative Dispute Resolution Procedure», The Arbritration Journal, 42, 7-14.

Environmental Law Institute

1984 Summary Report: Remedial Response at Hazardous Waste Sites, Washington D.C.: U.S. Government Printing Office.

Fairbairn, Lyle S. et Mohan Pradhu

1988 «Document de base», Séminaire de consultation sur les solutions à la non-conformité aux normes légales, Ottawa, mai.

Fenn, Paul

1987 «Enforcement Policy and the Impact of Regulatory Controls on the Occupational Absorbtion of Lead», Paper prepared for the U.K. Health and Safety Executive.

Fiss, Owen

1984 «Against Settlement», Yale Law Journal, 93, May, 1073-1079.

Fisse, Brent

1982 «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault and Sanctions», Southern California Law Review, 56, 1141-1246.

1981 «Community Service as a Sanction Against Corporations», Wisconsin Law Review, 5, 970-1018.

Fisse, Brent and John Braithwaite

1985 Corrigible Corporations and Unruly Law, San Antonio: Trinity University Press.

Frankel, Maurice

1974 The Alkalai Inspectorate: The Control of Industrial Air Pollution, London: Social Audit.

Freedman, David

1988 «Health and Safety at Works: The Trade Union Perspective», Trade Union Research Unit, Ruskin College, Oxford.

Funk, William

1987 «When Smoke Gets in your Eyes: Regulatory Negotiation and Public Interest - EPA's Woodstove Standards», Environmental Law, v. 18, 55-98.

Galligan, Brian

«Agreements with the Queensland Government», (forthcoming)

General Accounting Office

1983a Monitoring and Enforcing Food Safety - an Overview of Past Studies, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

1983b Wastewater Discharges are not Compying with EPA Control Permits, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

1986a Securities Regulation: SEC Enforcement Efforts in 1978 and 1985, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

1986b Hazardous Waste: Responsible Party Clean-Up Efforts Require Improved Oversight, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office.

Genn, Hazal

1987 «Great Expectations: The Robens Legacy and Employer Self-Regulation», paper prepared for the UK Health and Safety Executive.

1986 «Regulating Self-Regulation: Occupational Health and Safety in England», paper presented to the Annual Meeting, Law and Society Association, Chicago.

Gerritsen, Rolf

1987 «Collection Action Problems in the Regulation of Australia's Common Property Renewable Resources», Australian Journal of Public Administration, XLVI, December, 390-401.

Gibson, Robert B. et Beth Savan

1986 Évaluation environnementale en Ontario, Toronto: Fondation canadienne pour la recherche sur le droit environnemental, décembre.

Gilpin, Alan

1985 Proposed Industrial Sand Extraction on Site H. Kurnell, Report to the Honourable Bob Carr, Minister for Planning and Environment, February.

Glaberson, William

1987 «Misery on the Meatpacking Line», New York Times, June 14, pp. 1, 8.

Goffman, Erving

1962 «On cooling the Mark Out: Some aspects of Adaptation to Failure», in Arnold Rose (ed.), Human Behavior and Social Processes, 482-505.

Goldring, John et Laurence W. Maher

1983 Consumer Protection Law in Australia, Sydney: Butterwoths.

Goobman, Marshall R. et Margaret T. Wrightston
1987 Managing Regulatory Reform: The Reagan Strategy and its Impact, New York: Praeger.

Gordon, Richard L.
1978 «The Hobbling of Coal: Policy and Regulatory Uncertainties», Science, 200, April 14, 153-158.

Grabosky, Peter et John Braithwaite
1986 Of Manners Gentle: Enforcement Strategies of Australian Business Regulatory Agencies, Melbourne: Oxford University Press.

Gray, Wayne et Carol Jones
1987 «Longitudinal Analysis of the Impact of OSHA: Health and Safety Regulations in Manufacturing», exposé présenté à l'atelir de l'AERE consacré à la surveillance et à l'application.

Green, Mark et R. Olsen
1978 «Settling Large Scale Litigation: an Alternative Approach», Loyola of Los Angeles Law Review, 11, 493.

Gregory, Denis
«Safety Representatives and Safety Committees: an Extension of Democratic Control ?»

Gunningham, Neil
1987 «Negociated Non-Compliance: a Case Study of Regulatory Failure», 9, Law and Policy, 69, 95.
1984 Safeguarding the Worker: the Role of Law, Sydney: Law Book Company.

Hahn, Robert W. et Roger G. Noll
1983 «Barriers to Implementing Tradable Air Pollution Permits: Problem of Regulatory Interactions», Yale Journal on Regulation, 1, 63-81.

Harter, Philip
1987 «Points on Continuum: Dispute Resolution Procedures and the Administrative Process», in Sourcebook: Federal Agency Use of Alternative Means of Dispute Resolution, Washington: Administrative Conference of the United States.
1983 «Dispute Resolution and Administrative Law: the History, Needs and Future of a Complex Relationship», Villanova Law Review, 1393-1449.
1982 «Negotiating Regulations: a Cure for Malaise», 71, Georgetown Law Journal, 1.

Hawkins, Keith

1987 «Prosecution Process», paper prepared for the U.K. Health and Safety Executive.

1984 Environmental and Enforcement: Regulation and Social Definition of Pollution, Oxford: Clarendon Press.

1983 «Bargain and Bluff: Compliance Strategy and Deterrence in the Enforcement of Regulation», Law and Policy Quarterly, January, 35-73.

Hawkins, Keith et John Thomas

1984 Enforcing Regulation, Boston: Kluwer-Nijhoff.

Holtzman, Elisabeth

1987 «State Steps in Where OSHA Fails to Tread», New York Times, March 31, p.30.

Huber, Peter

1983 «The Old-New Division in Risk Regulation», VIrginia Law Review, 69, 1024-1107.

Hutter, Bridget

1987 «The Question of Compliance in Health and Safety and Environmental Regulation», exposé préparé pour la direction de l'U.K. Health and Safety.

1986 «An Inspector Calls», British Journal of Criminology, 26, April, 114.

Jones, Carol Adare

1982 Models of Regulatory Enforcement and Compliance with an Application to OSHA Asbestos Standards, Thèse de doctorat, Harvard University, Department of Economics. University Microfilm DEP 83 03502.

Kagan, Robert A.

1988 «What Makes Uncle Sammy Sue», Law and Society Review, 21, 719-742.

Kagan, Robert et John T. Scholz

1984 «The Criminology of the Corporation and Regulatory Enforcement Styles», in K. Hawkins and J.M. Thomas, eds., Enforcing Regulation, Boston: Kluwer-Nijhoff.

Kast, F.E. et J.E. Rosenzweig

1987 «General Systems Theory: Applications for Organizations and Management», in: Jay Schafritz and Steven Ott (eds.), Classics of Organization Theory, Homewood, Ill.: Dorsey Press, 278-293.

Kay, J.A. et al.
1986 Privatization and Regulation: the U.K. Experience, Oxford: Oxford University Press.

Kelman, Stephen
1981 Regulating America, Regulating Sweden: a Comparative Study of Occupational Health and Safety Policy, Cambridge: MIT Press.

Kock, James C. et Robert Leone
1979 «The Clean Water Act: Unexpected Impacts on Industry», Harvard Environmental Law Review, 3, 84-111.

Latin, H.A.
1985 «Ideal versus Real Regulatory Efficiency», Stanford Law Review, May.

Law Reform Commission of Canada
1986 Policy Implementation, Compliance and Administrative Law, Working Paper 51, Ottawa.

Lewis-Beck, Michael S. et John R. Alford
1980 «Can Government Regulate Safety ? The Coal Mine Example», American Political Science Review, 74, 745-756.

Liroff, Richard
1986 Reforming Air Pollution Regulation: the Toil and Trouble of EPA's Bubble, Washington, D.C.: The Conservation Foundation.

Littlechild, S.C.
1986 Economic Regulation of Privatised Water Authorities, HMSO.

Lloyd-Bostock, Sally
1987 «A Psychological Study of Response to Accidents», document préparé pour la direction du U.K. Health and Safety.

Long, Susan et Richard Schwartz
1987 «The Ipact of IRS Audits on Taxpayer Compliance: A Field Expriment in Specific Deterrence», exposé présenté à la réunion annuelle de la *Law and Society Association*, Washington, D.C.

Loxe, Philip et Jane Goyer
1983 Environmental Groups in Politics, London: George Allen and Unwin.

Manning, Peter

1987a «The Policy Process of the NII», document établi pour la direction du U.K. Health and Safety.

1987b «The Policy Process in the British Nuclear Installations Inspectorate», unpublished paper, April 1.

Marcus, Alfred A.

1986 «Compensating Victims for Harms Caused by Pollution and Other Hazardous Sunstances: A Comparison of American and Japanese Policies», Law and Policy, 8, April, 189-211.

McCrudden, Christopher

1987 «The Commission for Racial Equality: Formal Investigations in the Shadow of Judicial Review», in Robert Baldwin and Christopher McCrudden, Regulation and Public Law, London: Weidenfeld and Nicolson.

McDermott, M.F.

1982 «Occupational Disqualification of Corporate Executives: An Innovative Condition of Probation», Journal of Criminal Law and Criminology, 73, 604-41.

McGillis, Daniel

1987 Consumer Dispute Resolution: a Survey of Programs, Washington, D.C.: National Institute for Dispute Resolution.

1986 Community Dispute Resolution Programs and Public Policy, Washington, D.C.: National Institute of Justice.

Meidinger, Errol

1985 «On Explaining the Development of "Emissions Trading" in the U.S. Air Pollution Regulation», Law and Policy, 7, October, 447-479.

Melnick, R. Shep

1984 «Pollution Deadlines and the Coalition for Failure», The Public Interest, 75, Spring, 123-134.

Mendeloff, John

1988 «The Hazards of Rating Workplace Safety», The Wall Street Journal, February 11, p.22.

1986 «Regulatory Reform and OSHA Policy», Journal of Policy Analysis and Management, 5, 440.

1979 Regulation Safety: an Economic and Political Analysis of Occupational Health and Safety Policy, Cambridge: MIT Press.

Merritt, Adrian
1984 Guidebook to Australian Occupational Health and Safety Laws, Sydney: CCH Australia.

Merry, Sally et Susan S. Silbey
1987 «Interpretive Processes in Private and Public Forums», paper presented at the Annual Meeting of the Law and Society Association, Washington, D.C.: June.

Miers, David
1987 «The Gaming Board for Great Britain: Enforcement and Judicial Restraint», in Robert Baldwin and Chrisopher McCrudden, Regulation and Public Law, London, Weidenfeld and Nicolson.

Mintzberg, Henry
1979 The Structuring of Organisations, Englewood Cliffs: Prentice Hall.

Mitnick, Barry
1980 The Political Economy of Regulation, New york: Columbia University Press.

Moran, Garett
1985 «Regulatory Strategies for Workplace Injury Reduction: a Program Evaluation», Evaluation Review, 9, February 21-33.

Moskovitz, J.S. et S.R. Hoyt
1986 «Environmental Auditing: Developing a Preventive Medicine Approach to Environmental Compliance», Loyola of Los Angeles Law Review, June, 1133-68.

Nadler, J.J.
1985 «Employee Participation in Occupational Health and Safety Review Commission Proceedings», Columbia Law Review, Oct. 1317-39.

National Institute of Urban Wildlife
1985 Environmental Reclamation and the Coal Surface Mining Industry.

New York Times
1987 «Are Federal Regulators Falling Down on the Job ?», August 2, pp. 1, 6.

Nichols, Theo
1986 «Industrial Injuries in British Manufacturing in the 1980's - A Commentary on Wright's Article», The Sociological Review, May 1986, 34, 290-306.

Noble, Kenneth

1988 «The Long Tug-of-War Over What is How Hazardous: For OSHA the Balance is Hard to Find», The New York Times Jan. 10, p. E5.

1987 «Financial Services: the Self-Regulatory Alternative ?» in Robert Baldwin and Chrisopher McCrudden, Regulation and Public Law, London: Weidenfeld and Nicolson.

1980 «Self-Regulation and Codes of Practice», Journal of British Law, 24.

Parness, Jeffrey A.

1987 «The New Method of Regulating Lawyers: Public and Private Interest Sanctions During Civil Ligitation for Attorney Misconduct», exposé présenté à la conférence annuelle de la *Law and Society Association*, Washington, D.C.: juin.

Paulus, Ingeborg

1974 The Search for Pure Food: a Sociology of Legislation in Britain, London: Martin Robertson.

Peacock, A.

1984 The Regulation Game, London: Blackwell.

Penguilly, Warren

Dissent, Broken Hill Propritary Company's proposed acquisition of John Lysaght (Australia Ltd), Authorization 40019, 210-224.

Perrow, Charles

1970 Organizational Analysis: a Sociological View, Belmont, California: Brooks/Cole.

Queensland Statues

1968 An Act with respect to an Agreement between the State of Queensland and Mitsubishi Development Pty. Ltd. of the Other Part for Purposes Incidental Thereto and Consequent Thereon, No 55 of 68, 460.

Ramsey, Iain

1987 «The Office of Fair Trading: Policing the Consumer Market-Place», in Robert Baldwin and Christopher McCrudden, Regulation and Public Law, London: Weidenfeld and Nicolson.

Rees, Joseph V.

1986 Reforming the Workplace: a Study of Self-Regulation in Occupational Safety, PhD Thesis, University of California at Berkley, Department of Jurisprudence and Social Policy, University Microfilm, 86-24903.

1986 «Flexible Regulatory Enforcement», exposé présenté à la réunion annuelle de la *Law and Society Association*, Chicago.

Reich, Robert

1987 Tales of an New America, New York: Vintage Books.
1985 «Public Administration and Public Deliberation: an Interpretive Essay», Yale Law Journal, 1631-1641.
1983 The Next American Frontier, New York: Penguin Books.

Richardson, Genevra et al.

1982 Policing Pollution : a Study of Regulation and Enforcement, Oxford: Clarendon Press.

Rhodes, G.

1982 Inspectorates in British Government, London: Allen and Unwin.

Rodens, Lord

1972 Report of the Committee on Health and Safety at Work, London: HMSO (Robens Report).

Rosin, Bob

1985 «EPA Settlements of Administrative Litigation», 12, Ecology Law Quarterly, 363.

Ruser, John et Robert Smith

1987 «The Impact of OSHA Records Check Inspections on Reported Occupational Injuries in Manufacturing Establishments», exposé présenté à la réunion annuelle de la *Law and Society Association*, Washington, D.C.: juin.

Rushefsky, Mark E.

1986 «Reducing Risk Conflict by Regulatory Negotiation: a Preliminary Evaluation, exposé présenté à la réunion annuelle de l'*American Political Science Association*, Washington, D.C.: août.

Schelling, T.

1983 Incentives for Environmental Protection, Cambridge: MIT Press.

Schoenbrod, David

1983a «Limits and dangers of Environmental Mediation: a Review Essay», NYU Law Review, 58, 1453-76.
1983b «Goal Statutes or Rules Statutes: the Case of the Clean Air Act», UCLA Law Review, 740.

Scholz, John T.

1987 «Bureaucratic Environments and Regulatory Enforcement Effectiveness: a Theory of Cooperative Enforcement», exposé présenté aux *American Political Science Meetings*, Chicago.

1984a «Reliability, Responsiveness and Regulatory Policy», Public Administration Review, March/April, 145-152.

1984b «Volontary Compliance and Regulatory Enforcement», Law and Policy, October, 385-404.

Scholz, John t. et Tseng Heng Wei

1986 «Regulatory Enforcement in a Federalist System», American Political Science Review, 80, 1249-1270.

Scwartz, Gail Garfield

1987 «Managing Price, Quality and Risk in Telecommunications», exposé présenté à la 19ème conférence annuelle du *Institute of Public Utilities*, Williamsburg Virginia, December.

Selmi, D.P.

1985 «Enforcing Environmental Laws: a Look at the State Civil Penalty Statutes», Loyola of Los Angeles Law Review, 1133-68.

Sewell, W.R. et Lorna Barr

«Evolution in the British Institutional Framework for Water Management», Natural Ressources Journal, 17, 395-413.

Shearing, Clifford et Phillip Stenning

«Regulating Financial Institutions», exposé prononcé à la Réunion Annuelle de l'Association Canadienne du Droit et de la Société, Windsor, 8 juin 1988.

Shover, Neal

1983 Developing a Regulatory Bureaucracy: the Office of Surface Mining Reclamation and Enforcement, Washington, D.C.: National Institute of Justice.

Smith, Kent W. et Kayl Kinsey

1987 «Understanding Taxpaying Behavior: a Conceptual Framwork with Implications for Reseach», Law and Society Review, 21, 639-663.

Smith, Turner T. Jr.

1986 «Approaches to Environmental Legislation: a Comparison Between British and U.S. point Source Air and Water Pollution Regulation», in

Environmentalism Today - the Challenge for Business, London National Economic Research Associates.

Solomon, Lewis et Nancy Stein Nowak

1980 «Managerial Restructuring: Prospects for a New Regulatory Tool», 56, The Notre Dame Lawyer, October, 120.

Sommers, Paul et Roland J. Cole

1985 «Compliance Costs of Small and Larger Businesses», Policy Studies Journal, 13, 701-708.

Stewart, Richard B.

1981 «Regulation, Innovation and Administrative Law: a Conceptual Framework», 69, California Law Review, september, 1256.

Stone, Christopher D.

1975 Should Trees Have Standing ? Toward Legal Rights for Natural Objects, New York: Avon Books.

Sullivan, Timothy

1984 Resolving Development Disputes Through Negotiations, New York: Plenum Press.

Susskind, L.

1981 «Environmental Mediation and the Accountability Process», Vermont Law Review, 6, 1-47.

Susskind, L., L. Bacow et M. Wheeler

1983 Resolving Environmental Regulatory Disputes, Cambridge: Schenkman.

Susskind, Lawrence et Gerard Mc Mahon

1985 «The Theory and the Practice of Negotiated Rule-Making», Yale Journal on Regulation, v; 3., 133-165.

Talbot, Allan

1983 Settling Things: Six Case Studies in Environmental Mediation, Washington, D.C.: Conservation Foundation.

Thompson, Frank J.

1982 «Deregulation by the Bureaucracy: OSHA and the Augean Quest for Error Protection», Public Administration Review, 202-212.

Thompson, Frank J. et Michael Scicchitano

1987 «State Implementation of Federal Enforcement Priorities: Safety versus Health in OSHA and the States, Administration and Society, May, 95-124.

Thelen, David S., Donna E. Ledgerwood et Charles F. Walters

1985 «Health and Safety in the Workplace: a New Challenge for Business Schools», Personnel Administrator, October, 41-46.

Tc man, Michael

1987 «Auctioning Pipeline Capacity: a New Regulatory Tool», exposé prononcé à la 19ème conférence annuelle du *Institute of Public Utilities*, Williamsburg Virginia, December.

Tomasic, Roman

1984 Business Regulation in Australia, Sydney: CCH.

1982 «Mediation as an Alternative to Adjudication: Rhetoric and Reality in the Neighborhood Justice Movement», in Roman Tomasic and Malcolm Feeley (eds;), Neighborhood Justice: Assessment of an Emerging Idea, New York: Longman, 215-248.

Trade Union Research Unit, Ruskin College, Oxford

1985 «Health Hazards of VDUs: a Review of the Issues and a Bibliography with Selected Annotations».

1978 «The Need for an Occupational Health Service».

1976 «Shop Floor Attitudes to Health and Safety at Work».

1975 «Submission to the Major Hazards Committee»;

1974 «Safety and Health at Works: The Task Ahead, Pressure Points for Trade Unions».

Trost, Cathy

1987 «Job Safety Agency in Firing Buckshot Again and Industry Runs for Cover as Penalties Fly», Wall Street Journal, April 22.

Tubbs, Michael

1982 «Making Employers Comply with the Responsibilities», exposé présenté à la *Conference Action for Occupational Health and Safety*, Sydney: May.

United Kingdom

1968 Clean Air Act 1968, Chapter 62, 1523.

United Kingdom

Clean Water Act, Title 33: Navigation and Navigable Waters, 919.

United Kingdom
1974 Control Pollution act 1974, c. 40, 961.

United Kingdom
1974 Health and Safety at Work Act 1974, Chapter 37, 643.

United Kingdom
1984 Telecommunications Act 1984, Chapter 122, 61.

United Kingdom
1973 Water Act 1973, Chapter 37, 615 U.S. Department of Health and Social Services, NIOSH, Division of Training and Manpower Development.

United Kingdom, Department of Trade And Industry
1985 Baldwinurdens on Business, HMSO: March.

United Kingdom, Director general of Fair Trading
1985 Annual Report;
1982 Annual Report, «Horses for Courses, Efficient Enforcement and Self-Regulation».

United Kingdom, House of Commons
1981/2 The Workings of the Health and Safety Committee and Executive, Select Committe on Employment, 6th Report.
1983 Observations on the 6th Report of the Select Committee on Employment, Session 8112.

United Kingdom, House of the Lords
1983/4 Report on Occupational Health, Committee on Science and Technology (1999/1).

United Kingdom
1983 Report of the Independant Review of the Radio Spectrum, London, HMSO.
1987 Project Minerva, Management Education for Safety and Health, Cincinnati, OH.

U.S. Comptroller General
1985 Illegal Disposal of Hazardous Waste: Difficult to Detect or Deter, Washington, D.C.: Feb. 22.

U.S. Department of the Interior

1985 Management Review of the Office of Surface Mining, Washington, D.C.: U.S. Government Printing Office, microfiche 85-26704.

U.S. Environmental Protection Agency

1987a «Final EPA Guidance on the Use of Alternative Dispute Resolution in Enforcement Cases», D.

1987b «Role of Clean Sites Inc at Superfund Sites», April, v. 3.

1986a «Final EPA Policy on the Inclusion of Environmental Auditing Provisions in Enforcement Settlements», November, D.

1986b «Guidance on Determining a Violator's Ability to Pay a Civil Penalty», December, D.

1986c «Guidance on Implementing the Discretionary Contractor Listing Program», November, D.

1984a «Guidance for Calculating the Economic Benefit of Non-Compliance for a Civil Penalty Assessment, November, D.

1984b «Implementation of Mandatory Contractor Listing», August, D.

1984c «Current Practices in Environmental Auditing», Office of Policy Planning and Evaluation, Regulatory Reform Staff, February.

1983a «Working Principles Underlying EPA's National Compliance/Enforcement Programs», November 22.

1983b «Guidance for Drafting Judicial Consent Decrees», October 19.

U.S. Office of Management and Budget

1987 Regulatory Program of the United States Government, april, 1987 - March 31, 1988, Washington, D.C.: United States Government Printing Office.

U.S. Office of Technology Assessment

1985 Preventing Illness and injury in the Workplace, Washington, D.C.: United States Government Printing Office.

U.S. Public Law 91-596

1970 Occupational Safety and Health Act, December 29, 3.

Veljanovski, Cento

1984 Selling the State: Privatization in Britain, London: Weidenfeld and Nicolson.

1987a «The Impact, Enforcement and Economic Assessment of Industrial Safety Regulation», document préparé pour la direction du U.K. Health and Safety.

1987b «Cable Television: Agency Franchising and Economics», in Robert Baldwin and Christopher McCrudden, Regulation and Public Law, London: Weidenfeld and Nicolson.

Verkuil, Dean

1982 «A Critical Guide to the Regulatory Flexibility Act», Duke Law Journal, 213.

Vogel, David

1986 National Styles of Regulation: Environmental Policy in Great Britain and the United States, Ithaca: Cornell University Press;

1983 «Cooperative Regulation: Environmental Protection in Great Britain», Public Interest, 88-106.

1978 «Why Businessmen Distrust Their State: The Political Consciouness of American Corporate Executives», British Journal of Political Science, 45-78.

Vogel, Ezra

1980 japan as Number One: Lessons for America, New York: Harper and Row.

Washington Post

1985 «FTC and Consumer Groups Clash Over GM Program», Washington Post, October 25, p. E 3.

Waverman, Leonard

1982 Le Processus de Réglementation des Télécommunications au Canada, document de travail n° 28, Ottawa, Conseil Économique du Canada.

West Virginia Law Review

1986 «Symposium on Large Mine Operations», volume 88.

Wilson, Graham

1985 Politics of Health and Safety, Oxford: Oxford University Press.

Woodwaerd, A.

1982 Report of the Royal Commission into Australian Meat Industry, Canberra: Australian Government Publication Service.

Wraith, R.E. et G.B. Lamb

1971 Public Inquiries as an Instrument of Government, London: Allen and Unwin;

Yeager, Peter C.

1987 «Structural Bias in Regulatory Law Enforcement: The Case of the U.S. Environmental Protection Agency», Social Problems, 34, October, 330-334.

ANNEXE I

GLOSSAIRE

accord-programme : calendrier de mesures d'alignement sur les normes de résultat.

amélioration de l'emploi : amélioration des conditions de travail (sécurité de l'emploi, rémunération, stimulation apportée par les tâches, qualification et marge discrétionnaire) à l'intention des personnes occupant un emploi donné.

amende forfaitaire : pénalité imposée sans considération de la solvabilité ni des antécédents en matière de conformité.

arbitrage : processus volontaire et exécutoire (la décision est sans appel) de résolution des différends. Les parties peuvent fixer elles-mêmes les règles; en général, l'arbitre neutre n'est pas tenu de justifier sa décision. Cette méthode cherche à concilier le souci d'homogénéité et de prévisibilité des décisions, et la préservation de la relation entre les parties.

atténuation : réduction de la quantité de dommages, à laquelle on parvient en éliminant ou en corrigeant les sources existantes de dommages. L'atténuation nécessite souvent une nouvelle conception ou une restructuration des relations, afin que la réduction du dommage s'exerce à long terme, et ne soit pas simplement temporaire.

audience formelle : présentation des éléments de preuve, sur une question d'ordre réglementaire, par des avocats ayant recours au contre-interrogatoire; au cours d'une telle audience, la prise en compte du ouï-dire est interdite.

audience générale : séance consacrée à des exposés oraux, au cours de laquelle sont recueillis des éléments relatifs à la nécessité d'adopter de nouvelles politiques réglementaires, ou d'améliorer les politiques en vigueur, et où sont examinés les avantages et les inconvénients des modifcations proposées; ces audiences se tiennent indépendamment de l'examen de cas individuels.

audience sur dossier : évaluation d'essais s'appuyant davantage sur des éléments écrits que sur des exposés oraux.

autoréglementation responsable : mesures de réduction des dommages, prises volontairement par les créateurs de risque; la constance dans l'exécution est assistée par les vérifications de l'autorité réglementante.

ciblage : adaptation des messages et des instructions réglementaires au langage, aux procédures opérationnelles et au vécu antérieur d'une industrie donnée.

concertation : convergence des priorités des différentes parties; la concertation permet l'élaboration d'un consensus sur les compromis acceptables et les compromis inacceptables.

couplage : lien entre deux parties.

couplage étroit : écoute attentive des appréciations portées par une autre partie sur les orientations que l'on a prises ou que l'on se propose de prendre, cette écoute privilégiée s'expliquant par les liens étroits que l'on entretient avec cette autre partie.

créateur de risque : particulier et entreprise qui décident d'entreprendre des activités pouvant avoir des conséquences dommageables pour autrui.

découplage : relâchement des liens entre les parties; cette méthode permet d'être moins sensible à la façon dont l'autre partie réagit aux initiatives que l'on se propose de prendre ou que l'on a prises.

détournement de mandat : création de faux mandataires, lorsque les liens entre l'autorité réglementante et les créateurs de risque sont plus forts que les liens entre l'autorité réglementante et les entités exposées.

diligence raisonnable : définition du degré minimal de mesures préventives et correctrices nécessaires pour parvenir à la réduction souhaitée de la quantité et de la distribution du dommage.

dissuasion : méthode visant à empêcher le dommage en portant à la connaissance du public le traitement réservé à une entité lorsqu'elle ne se conforme pas aux normes de conception ou d'exécution.

encadrement du diagnostic : assigne à l'autorité réglementante la responsabilité de : diagnostiquer les obstacles à une réduction efficace du dommage et à une conformité uniforme; élaborer des stratégies visant à éliminer les obstacles identifiés.

engagement négocié : engagements visant à prévenir ou à réduire les dommages, pris à l'avance de la création de ce dommage, ou une fois le dommage constaté.

entité exposée : personne et entité exposée à un dommage potentiel par suite de décisions ou d'activités auxquelles d'autres décident de se livrer.

entropie négative : besoin de se procurer de nouvelles ressources et/ou de repenser les protocoles de réduction du dommage, afin de maintenir un niveau donné de protection contre ce dommage.

entropie : dégradation de l'efficacité des protocoles en place pour réduire le dommage.

extrapolation : passage d'une analyse au cas par cas à l'application homogène de règles contingentes.

faux mandataire : autorité réglementante, à qui on a délégué la responsabilité de rechercher une réduction permanente du dommage subi par les entités exposées, et qui surbordonne les intérêts de ces entités aux siens et/ou à ceux des créateurs de risque.

faux négatif : acceptation d'une information indiquant qu'il n'y a pas de dommage, alors qu'il y a bel et bien eu dommage.

faux positif : acceptation d'une information selon laquelle il existe un dommage, alors qu'en réalité, il n'y a pas eu dommage.

influence : efficacité dans la poursuite des objectifs négociés, grâce aux moyens d'incitation dont on dispose.

injonction d'amélioration : lettre adressée par l'autorité réglementante et précisant les améliorations à apporter de façon à rendre les pratiques et les procédures d'une entité conformes au règlement. Cette lettre précise souvent la date à laquelle ces améliorations devront avoir été apportées.

interdépendance : manière dont le comportement de particuliers ou d'organismes se répercute sur les coûts subis ou les avantages obtenus par certaines autres entités ou par les générations futures.

mandat moral : force avec laquelle une société s'engage à réduire une forme donnée de dommage.

mandataire pur : agent de l'autorité réglementante qui exerce sa responsabilité de réduction du dommage en employant les techniques les plus efficaces pour obtenir une réduction fiable et permanente du dommage supporté par les entités exposées.

médiation : démarche volontaire, non exécutoire et non formalisée, visant à une solution acceptable par les parties ou pouvant servir de base à un contrat entre elles.

méthode alternative de résolution des différends : recours à une tierce partie neutre pour la résolution de différends, au moyen d'un processus moins formalisé, moins structuré, moins légaliste et moins onéreux que l'audience judiciaire.

mesure incitative : mécanisme visant à encourager la prise d'une mesure ou, au contraire, à la décourager.

modèle du contrat : recours à des ententes écrites afin de préciser les obligations réciproques des parties et les mesures correctrices convenues en cas de non-exécution des engagements. L'application se fait par voie de procès privé ou civil.

non-conformité : non-respect des modalités prescrites.

non-conformité exemptée : décision de ne pas exiger la conformité aux règlements, même si les dommages en découlant sont substantiels.

non-intervention / attentisme : décision de ne pas exiger la conformité au règlement, en raison du fait que les dommages découlant de cette non-conformité demeureront minimes.

norme de conception : spécification des procédures et/ou des techniques qu'il faut adopter afin de réduire la quantité du dommage ou d'en modifier la répartition.

normes d'exécution : normes précisant la quantité de réduction du dommage qui devra être effectuée au cours d'une période donnée. On ne précise pas la méthode à employer pour parvenir à la réduction du dommage.

normes du moindre coût : normes de conception ou d'exécution qui mettent davantage l'accent sur la réduction des coûts de la conformité que sur une efficacité optimale de la réduction du dommage.

ordonnance d'indemnisation : ordonnance de tribunal enjoignant à un créateur de risque d'indemniser une entité exposée du dommage qu'elle a subi. Aux États-Unis, l'indemnisation est partiellement exemptée d'impôt - contrairement aux dommages civils.

post-vérification : système de vérification qui fait appel à une surveillance a posteriori de la conformité, et à une évaluation des résultats.

pré-vérification : supervision d'un programme, basé sur les prévisions des conséquences, que l'on effectue avant l'octroi d'une permission d'opérer.

privatisation : réduction du patrimoine et des droits de gestion du secteur public, en faveur du secteur privé.

processus d'approbation conditionnelle : octroi d'autorisations en plusieurs étapes. L'autorisation pour une étape est fonction des résultats constatés lors de l'étape précédente.

programme d'observation volontaire : programme qui utilise, avec efficacité, les mesures incitatives et la vérification du comportement afin de : (1) améliorer la prévention du dommage, (2) réduire les dommages causés et éviter leur répétition, et (3) susciter des investissements permanents dans l'affinement des systèmes de contrôle interne ainsi que dans les stratégies et technologies de prévention et d'atténuation.

programme d'observation volontaire : utilisation régulière par un créateur de risque, d'un système de contrôle interne efficace permettant de satisfaire à certaines définitions de la diligence raisonnable, voire de les dépasser.

récession pénale : recours aux sanctions pour dissuader certaines formes de conduite.

réduction de l'erreur de type 1 : prévention des faux positifs au moyen de règles de preuve visant à empêcher que l'on admette comme vrai quelque chose qui, en fait, est faux.

réduction de l'erreur de type 2 : empêcher les faux négatifs en fixant des règles de preuve destinées à empêcher que l'on déclare comme faux ce qui, en réalité, est vrai.

règle contingente : règle applicable uniquement dans des conditions données.

réglementation dynamique : réglementation que l'on peut moduler en fonction des contingences et de la nécessité d'améliorer constamment les normes de conception et d'exécution.

réglementation par injonction et surveillance : recours à des normes de conception et à une surveillance intensive de l'exécution, afin de parvenir à la réduction du dommage.

remède projeté : solution retenue à l'avance pour remédier au dommage que l'on n'aura pas su prévenir.

remède rétrospectif : mise au point, après que le dommage ait été infligé, d'une stratégie visant à l'atténuer et à en éviter le renouvellement.

responsabilité de l'autorité réglementante : responsabilité dont l'autorité réglementante devra répondre devant le législatif et l'exécutif, ainsi que devant les entités exposées, consistant à réduire le dommage à l'origine de la réglementation.

sous-réglementation : règle appliquée de façon hétérogène, ou non appliquée en cas de violation, par suite d'une souplesse excessive du régime réglementaire et d'une marge discrétionnaire trop grande accordée aux agents de l'autorité réglementante.

suasion : exhortation à changer de comportement.

surréglementation : règles que l'on doit appliquer en dépit de leur inadéquation, parce que l'autorité réglementante dispose de trop peu de discrétion et de marge de manoeuvre.

surveillance de l'exécution : évaluation de l'efficacité des stratégies réglementaires, dans le but de promouvoir l'exercice homogène de la diligence raisonnable.

surveillance des effets : évaluation de l'efficacité des stratégies réglementaires ayant pour objectif de réduire les dommages.

système de contrôle interne : manière dont les créateurs de risque organisent leurs opérations afin que le résultat soit prévisible.

tarification selon l'expérience : régime consistant à établir les primes d'assurance des accidents du travail en fonction des antécédents de l'employeur, ou de l'expérience acquise en matière d'accident et de maladie.

technique de réduction du dommage : dispositif et procédure employés en vue de réduire systématiquement les risques de dommage.

ANNEXE II

SIGLES ET ABRÉVIATIONS FRÉQUEMMENT UTILISÉS

ADR	alternative dispute resolution (méthode alternative de résolution des différends)
AFL	American Federation of Labor
AGSMS	Australian government-supervised Muslim slaughter system
AMLC	Australian Meat and Livestock Corporation
AQIS	Australian Quarantine and Inspection Service
Cal-OSHA	California Occupational Health and Safety Association
CCP	California Cooperative Compliance Program
CIO	Congress of Industrial Organizations (É.-U.)
CSI	Clean Sites Inc. (É.-U.)
DCO	designated compliance officer (agent chargé de veiller à la conformité)
EIS	Export Inspection Service (Aus.)
EMR	experience modification rate (taux de mofication en fonction de l'expérience)
EPA	Environmental Protection Agency (É.-U.)
FTC	Federal Trade Commission (É.-U.)
GAO	General Accounting Office (É.-U.)
HSC	Health and Safety Commission (R.U.)
HSE	Health and Safety Executive (R.U.)
IAC	Industries Assistance Commission (Aus.)
NTB	non-tariff barrier (barrière non tarifaire)
OSHA	Occupational Health and Safety Association (É.-U.)
PRP	potentially responsible party (partie dont la responsabilité risque d'être mis en cause)
SEC	Securities and Exchange Commission (É.-U.)
USDA	United States Department of Agriculture

ANNEXE III

RÉFÉRENCES DES DOCUMENTS D'ENTREVUE

Bardach, Eugene and Robert Kagan
1988 Organismes américains de réglementation, Toronto : Micromedia Limited, microfiches 1-14.

Fire and Housing Codes, Oakland, California
Loss Control Programs
Réglementation en coopération : the California Highway Patrol's MCSU Program
California Occupational Safety and Health Administration
The Bay Area Pollution Control District
Quality Control Conference
Alameda Country Fraud Division
Étude de cas d'une grande entreprise à haut risque ayant ses propres spécialistes de la sécurité
Réglementation concernant le lait et les produits laitiers
Inspection des viandes et volailles
California Department of Health, Food and Drug Section

Grabosky, Peter et John Braithwaite
1988 Organismes australiens de réglementation, Toronto : Micromedia Limited, microfiches 1-29.

Department of Primary Industry
New South Wales Consumer Affairs
Northern Territory Mines
Queensland Consumer Affairs
Queensland Mines
South Australia Consumer Affairs
Tasmania Consumer Affairs
Tasmania Mines
Victoria Consumer Affairs
Victoria Minerals and Energy
Western Australia Mines
Commonwealth Transport : Oil Spills
New South Wales Anti-Discrimination Board
South Australia Department of Marines and Harbours
Western Australia Department of Harbours and Marine

New South Wales Maritime Services Board
Australian Broadcasting Tribunal
Victoria Commissioner for Equal Opportunity
South Australian Equal Opportunity
Human Rights
Reserve Bank
Prices Surveillance Commission
South Australia Corporate Affairs
Tasmania Corporate Affairs
Corporate Affairs Commission New South Wales
ACT Corporate Affairse
Customs Service
South Australia Fisheries
Western Australia Environment and Conservation
Western Australia Fisheries and Wildlife
South Australia Water Engineering and Water Supply
South Australia Department of Environment and Planning
Aviation Flight Standards Division
New South Wales State Pollution Control Commission
Northern Territory Water Division
New South Wales Radiation Services
Commonwealth Marine Safety
ACT Environment
National Companies and Securities Commission

ANNEXE IV

LISTE DES CONTACTS

ÉTATS-UNIS

MÉTHODES ALTERNATIVES DE RÉSOLUTION DES DIFFÉRENDS

Gene Berman, vice-président de Clean Sites Inc. (organisme à but non lucratif) (703) 683-8522 1199 N Fairfax St., Alexandria, VA.

Recours à l'ADR pour résoudre des problèmes de responsabilité conjointe et individuelle liée au *Superfund Hazardous Waste Program (EPA)*. Monsieur Berman est avocat et ingénieur chimiste.

Richard Robinson, Directeur, Office of Enforcement Policy, EPA, anciennement conseil juridique de l'EPA, 401 M St. SW, Washington, D.C. (202) 382-3125.

Chargé de mettre sur pied l'encadrement pour l'utilisation de l'ADR. Connaît également très bien les méthodes nouvelles de mise en oeuvre des normes.

Philip J. Harter, 2301 M St. NW, Washington, D.C. (202) 887-1033.

Expert juridique, spécialisé dans la négociation des réglementations.

Daniel McGillis, Harvard Law School and ABT Associates, (617) 492-7100.

Spécialiste du recours à l'ADR pour la résolution des différends touchant les consommateurs ou les communautés.

Madeline Crohn et Mike Levis, National Institute for Dispute Resolution, 1901 L St. N.W., Washington D.C., (202) 466-4764.

M. Crohn dirige l'institut qui finance et effectue les recherches portant sur l'ADR.

Tom Colossi, American Arbitration Association, 1730 Rhode Island Ave; Washington, D.C., (202) 331-7073.

Spécialiste de la formation des avocats - entre autres - à l'utilisation de l'ADR. Dirige, deux fois par an, un atelier pour le ministère de la Justice. A mis sur pied les ateliers pour l'Australie et la Malaisie. Participe à la formation à l'utilisation de l'arbitrage devant conduire à une indemnisation aux termes du Federal Insecticide Fungicide and Rodenticide Act.

Michael Hollering, American Arbitration Association, New York Office, (212) 484-4000.
Participe à la formation à l'utilisation de l'arbitrage devant conduire à une indemnisation aux termes du Federal Insecticide Fungicide and Rodenticide Act.

Robert Percival, Environmental Defence Fund, 1616 O St. N.W., Washington D.C., (202) 387-3500.

Gail Bingham, The Conservation Foundation, 1250 24th St. NW, Washington D.C., 20037, (202), 293-4800.
Gail Bingham, spécialiste de la planification de l'environnement, dirige le programme de résolution des différends portant sur l'environnement à la *Conservation Foundation*. Elle est l'auteur de Resolving Environmental Disputes : a Decade of Experience; elle est aussi rédactrice du bulletin de la fondation : Resolve.

Nancy Firestone, Land and Natural Resources Division, U.S. Department of Justice, 10th and Constitutional Avenue, Washington D.C., 20460, (202) 633-2000.
A collaboré étroitement avec l'EPA à la rédaction des lignes directrices de l'ADR.

Jeff Loveman, Research Director, Administrative Conference of the United State, 2120 L St. N.W., Washington D.C., 20460, (202) 254-7020.

CONFORMITÉ - FEDERAL TRADE COMMISSION

Bill Sanger, 6th St. and Pennsylvania Ave., Washington D.C., 20460, (202) 326-2996.
«La mémoire vivante de l'organisation»... 27 années d'expérience en matière de conformité.

Wallace Witkowski, Redress Orders, FTC, 6th St and Pennsylvania Ave., Washington D.C.>, 20460, (202) 326-3015.

Rose Toufexis, Sunsetting Consent Orders, FTC, 6th St and Pennsylvania Ave. Washington D.C., 20460, (202) 326-30111.

CONFORMITÉ CRÉATRICE, ENVIRONMENTAL PROTECTION AGENCY

Richard May, 1850 K St. N.W., Washington D.C., (202) 862-1100.

Ancien conseiller juridique de l'EPA et, auparavant, chargé des relations communautaires au ministère de la Justice (recours à l'ADR pour les conflits dans les prisons ou les conflits ethniques). Aujourd'hui, expert-conseil de l'ICF, travaille dans un cadre contractuel pour l'EPA. Élabore des approches novatrices visant à améliorer l'application, telles que la surveillance complémentaire.

John Skinner, Engineering Research, EPA, 401 M St. SW, Washington D.C., 20460, (202) 382-2600.

Surveillance informatisée des émanations toxiques.

Richard Robinson, Director, Office of Enforcement Policy, EPA, 401 M St. SW, Washington D.C., 20460, (202) 382-3125.

Ancien conseiller juridique de l'EPA, Richard Robinson était chargé de l'élaboration des lignes directrices pour l'utilisation de l'ADR. Également très au courant des programmes novateurs en matière d'application.

Richard Kozlowski, Mobile Source Program, EPA, 401 St. SW, Washington D.C., 20460, (202) 382-2633.

«Régime des contraventions», réduction des pénalités au moyen de campagnes pédagogiques, importance du regroupement des pénalités dans des ensembles d'au moins 250 000 dollars, notamment pour aider les négociations en vue de systèmes de contrôle interne plus efficaces.

Allen Danzig, Listing Official, EPA, 401 M St. SW, Washington D.C., 20460, (202) 475-8777.

Chargé de l'exclusion - obligatoire et discrétionnaire -dans le cadre du *Discretionay Contractor Listing Program*.

Neil Stoloff, Legal Enforcement Policy Branch, EPA, 401 M St. SW, Washington D.C., 20460, (202) 475-8040.

Chargé de l'incorporation des vérifications environnementales aux accords de règlements.

OCCUPATIONAL SAFETY AND HEALTH ADMINISTRATION : PÉNALITÉS ET OBSERVATION VOLONTAIRE

Carl Olson, Chemical Manufecturers Association, 2501 M St. N.W., Washington D.C., (202) 887-1275.

Olson est l'expert de cette industrie en matière de règlementations émises par l'OSHA.

Roy Gibbs, Office of Health Compliance, OSHA, 200 Constitution Ave. NW, Washington D.C., 20210, (202) 523-8036.

Évaluation de la conformité à la directive 2.3.

Margaret Richardson, Chief, Division of Voluntary Programs, OSHA, U.S. Department of Labor, 200 Constitution Ave. NW, Room N3700, Washington D.C., 20210, (202) 523-7266.

Margaret Richardson est la personne la mieux informée à propos du *Voluntary Protection Program*, programme de démonstration intéressant les entreprises américaines ayant obtenu les meilleurs résultats en matière de santé et de sécurité au travail. Elle est spécialisée dans l'organisation de mesures de santé et de sécurité dans l'industrie de la construction.

George Harris, San Francisco, (415) 557-8618.

A mis sur pied le programme d'observation volontaire des petits employeurs en Californie.

Maria Wallach, OSHA Regional Office San Francisco, (415) 995-5672.

Chargée de l'évaluation des entreprises souhaitant adhérer au *Voluntary Protection Program* après la conclusion du *California Cooperative Compliance Program*.

Mike Getto, Occupational Health and Safety, State of California, San Francisco (415) 557-1946.

A dirigé le programme d'observation coopérative, en Californie, jusqu'à sa mutation à l'OSHA, en 1987.

Bob Crum, Safety Advisor, Plastics Division, Mobil Chemical, Pittsburgh, NY, (716) 248-1620.

Les installations de Mobil Chemical représentent, à elles seules, la moitié des sites qui ont atteint le niveau «Star» dans le cadre du *Voluntary Protection Program*.

Mike Piacentino, Safety Foreman, Mobil Chemical's Woodland California plant, (916) 661-4917.

Expert en problèmes opérationnels liés au programme de sécurité.

Frank Chalmers, Director of Policy, OSHA, 200 Constitution Ave. N.W., Washington D.C., 20210.

John Ruser, Office of Research and Evaluation, Bureau of Labor Statistics, 441 G St., Washington D.C., 20212, (202) 523-1347.

Validité des données autodéclarées en matière d'accidents du travail.

David Thelen, Project Minerva, Management Education for Safety and Health, 4676 Columbia Parkway, Cincinnati, OH, 45226.

Greg Baxter, Consultation Exemption Program, OSHA, 200 Constitution Ave. N.W., Washington D.C., 20210, (202) 523-8902.

Observation volontaire des petites entreprises (maximum, 150 personnes par site ou 500 personnes à l'échelle nationale). Les États offrent des consultations sur place, des programmes personnalisés en matière de santé et de sécurité, ainsi qu'une formation et des activités de sensibilisation.

Joseph Rees, Department of Political Science, Texas A & M University, Collge Station Texas 77843-4348, (409) 845-2511. California Compliance Program et Programme de sécurité pour l'industrie chimique.

John Scholz, Department of Political Science, State University of New York at Stoney Brook, Stoney Brook, Long Island, NY, 11794, (516) 632-7655.

A entrepris d'analyser en profondeur les données d'application de l'OSHA. En tant qu'étudiant, a travaillé avec Robert Kagan sur les excès réglementaires.

Carol Adair Jones, School of Natural Resources, University of Michigan, Ann Arbor, MI, 48104, (313) 764-1320.

Économiste, s'est surtout consacrée à la réglementation concernant l'amiante.

Robert Kagan, Department of Political Science, University of California : Berkeley 210 Barrows Hall, Berkeley, CA, 94720.

Juriste et sociologue. Son étude sur les excès réglementaires était principalement centrée sur l'OSHA et sur les entreprises affectées par la réglementation émise par cette dernière.

Richard Liroff, Conservation Foundation, 1250 24th St. NW, Washington D.C., 20037, (202) 293-4800.

A rédigé deux livres sur «la bulle», dont le plus récent est intitulé Reforming Air Pollution Regulation.

AUTRES

Dr. Susan Long, Center for Tax Studies, School of Management, Syracuse University, Syracuse NY, 13244, (315) 423-3747.

Spécialiste de la conformité en matière fiscale.

Dr. Susan Shapiro, American Bar Foundation, 750 North Lakeshore Drive, Chicago ILL, 60611, (312) 988-6593 or Department of Political Science, Northwestern University, (312) 491-3358.

AUSTRALIE :
PRATIQUE DU COMMERCE ET RÉGLEMENTATION DE LA CONSOMMATION

David Harland, University of Sydney Law School, King and Elizabeth Streets, Sydney, (02) 232 5944.

Ancien membre à temps partiel de la *Trade Practices Commission*. Membre du conseil de toutes les principales organisations de consommateurs en Australie.

Phillipa Smith, Rédactrice de Choice, Revue de l'Association australienne des consommateurs, Sydney, (02) 558009.

Dr. John Braithwaite, Department of Law, RSSS, Australian National University, GPO 4, Acton ACT 2601, (062) 49 3289 (bureau) or (062) 47 9634 (domicile).

Ancien directeur de l'Association australienne des consommateurs, représentant des consommateurs auprès des Comités consultatifs de planification économique, commissaire (à temps partiel) pour les questions de pratiques du commerce et chercheur dans le domaine réglementaire.

Judge Noblet, Commercial Tribunal Chambers, 10th Floor, GRE Building, 50 Grenfell Street, Adelaide, South Australia 5000.

Ancien commissaire aux affaires des consommateurs pour l'Australie du sud. Le juge Noblet a vigoureusement préconisé l'utilisation des licences comme moyen de pression.

C. Neave, Department of Public and Consumer Affairs, 25 Gremfell St. Adelaide, 5000, 011 61 8228 3211.

Actuellement commissaire aux affaires des consommateurs.

Hank Spier, First Assistant Commissioner, Trade Practices Commission, Benjamin Office Building, Benjamin Way and Chan Streets, Belconnen, ACT 2616; (062) 642 924.

Robert Baxt, Chariman of the Trade Practices Commission, Benjamin Office Building, Benjamin Way and Chan Streets, Belconnen, ACT 2616.

Ancien doyen de la faculté de droit de l'université de Monash.

Catherine Watts, Regional Director, Trade Practices Commission New South Wales, 3rd floor Mayfair Building, 75 Castereagh St., Sydney NSW 2000, (02) 230 9133.

G. Eva, Regional Director, Trade Practices Commission Victoria, 200 Queen St 12th floor, Melbourne, Victoria 3000, (03) 606 1444.

D. Schulz, Regional Director, Trade Practices Commission Queensland, Watkins Place 6th floor, 288 Edward St., Brisbane, Queensland 4000.

J. O'Dea, Regional Director, Trade Practices Commission Western Australia, East Point Plaza 2ne floor, 233 Adelaide Tower, Perth, Western Ausralia 6000, (09) 325 3622.

R.D. Williams, Regional Director, Trade Practices Commission South Australia, ANZ House 3rd floor, 13 Grenfall St., Adelaide, South Australia 5000, (08) 213 4242.

G. Pinner, Regional Director, Trade Practices Commission Tasmania, Marine Board Building, Morrison St., Hobart, Tasmania 7001, (002) 34 5145.

Hylda Rolfe, Chair, Prices Surveillance Commission, Sydney, NSW 2000, (02) 27 5677.

P.J. Cronin, Trade Practices Commission, Benjamin Office Building, Benjamin Way and Chan Streets, Belconnen, ACT 2616.

P.J. Cronin est chargé des interdictions et des rappels en matière de produits de consommation.

Peter Cashman, Director, Public Interest Advocacy Centre, 245 Castlereagh, Sydney, NSW, 2000, (02) 64 5444.

Le Public Interest Advocacy Center est financé par la commission de l'aide juridique du New South Wales (NSW) et par la NSW Law Foundation. P. Cashman est spécialiste en responsabilité liée aux produits, emprisonnement pour non-paiement des amendes et ouverture de droit à certains avantages.

Jenny David, Law School Sydney University, King and Elizabeth Streets, Sydney, NSW.
Recours à la médiation en Australie.

Roman Tomasic, Department of Law, Canberra Collge of Advanced Education, Belconnen, ACT 2616, (062) 52 211.
Centre de justice de quartier et réglementation des entreprises.

INDUSTRIES MINIÈRES

G.V. Sandercock, Chief Inspector of Mines, Queensland Department of Mines and Energy, Mining Safety and Technology Branch, Queensland Minerals and Energy Centre, 61 Mary, Brisbane, Queensland 4000, (072) 24 2221 Fax 011 61 7229 7770.

COMMISSIONS D'ENQUÊTE SUR LES QUESTIONS RELATIVES À L'ENVIRONNEMENT ET AU PATRIMOINE

Dr. Alan Gilpin, 291 George St, 9th floor, Sydney NSW.
Britannique d'origine, A. Gilpin a travaillé au Royaume-Uni pour les sociétés de fourniture d'électricité, en les aidant notamment à préparer leurs comparutions devant les commissions d'enquête. Auteur controversé de plusieurs livres. A occupé des postes importants dans le domaine de l'environnement, dans les États de Victoria et du Queensland. Aujourd'hui commissaire au NSW. On peut également joindre John Woodwaard, un autre commissaire, à la même adresse.

Rosemary Wearing, Sociology Department, LaTrobe University, Bundoora, Victoria 3083.
A étudié la controverse entourant la subdivision du *Bright Golf and Country Club*, Bright, Victoria, Australia. L'affaire a été portée en appel devant le *Victoria Planning Appeals Tribunal*.

CONTRATS DE FRANCHISE

Dr. Brian Galligan, RSS Political Science, Asutralian National University, GPO 4, Acton, ACT 2601, (062) 49 3049.

Utilisation, par le gouvernement du Queensland, de contrats de franchise pour les projets de mise en valeur des ressources sur grande échelle. Ces recherches portent sur les relations entre les entreprises multinationales et l'État. A paraître bientôt, un ouvrage sur les relations entre l'Utah et le Queensland.

Ralph J. Long, BHP Utah International, San Francisco, CA, Fax (415) 398-0154.

Après une longue carrière comme ingénieur civil, a pris sa retraite de la société anciennement connue sous le nom de Utah Development. A négocié le contrat de franchise avec le gouvernement du Queensland entre 1965 et 1968. A ensuite dirigé l'établissement de mines en Utah dans le Queensland jusqu'à son retour à San Francisco, en 1973.

Dr. Brian Head, Department of Political Science, Griffiths University, Brisbane, Queensland.

Économiste politique; a analysé tous les accords de franchise australiens.

INSPECTION DES VIANDES DESTINÉES À L'EXPORTATION

P.J. Corrigan, Senior Assistant Director, Meat Inspection Branch, Australian. Quarantine and Inspection Service, Department of Primary Industries and Energy, Jolimont Centre, Northbourne Avenue, Canberra City 2601, Fax (011 61 62) 72 5161.

Spécialiste de l'*Austrialian Government Supervised Muslim Slaughter System and Inspection for the USDA* et des services d'inspection dans le cadre de l'USDA.

A.E. Andrew, Principal Veterinary Officer, Australian Quarantine and Inspection Service, Department of Primary Industries and Energy, Jolimont Centre, Northbourne Avenue, Canberra City 2601, Tel. (062) 45 8211, Fax (011 61 62) 47 4710.

L.E. Browlie, Chief Manager, Technical Systems, Australian Meat and Livestock Corporation, Aetna Life Tower, Hyde Park Square, Elizabeth and Bathurst St., Sydney NSW 2000, (022) 60 3111. Fax (011 61 22) 67 6620.

RÉGLEMENTATION DE LA SANTÉ ET DE LA SÉCURITÉ AU TRAVAIL

Dr. Peter Grabosky, Australian Institue of Criminology, P.O. Box 28, Woden ACT 2606, (062) 833 833.

Neil Gunningham, Faculty of Law, The Faculties, Australian National University, Acton, ACT 2601, (062) 49 3397; 49 3487.

W.R. (Kit) Carson, Dean of Social Science, LaTrobe University, Bundoora Victorai, 3083.

A étudié la réglementation en matière de santé et de sécurité au travail, en Angleterre et en Australie. S'est dernièrement penché sur le recours aux ordonnances d'interdiction en Australie.

AUSTRALIAN BROADCATING TRIBUNAL

Michael Blakeney, Law School, University of New South Wales, Sydney, NSW.

Chargé de l'appel concernant l'autorisation du *Media Council of Australia.*

Prof. William Hull, Department of Politics, Brock University, St. Catharines, Ont. L2S 3A1, (416) 688-5550.

Les travaux de Hull tracent un parallèle entre l'ABT et le CRTC.

RÉGLEMENTATION DANS LE DOMAINE PHARMACEUTIQUE

Clark Massie, Department of Health, 7th floor Alexander Building, 505 B Furzer Street, Woden ACT, (062) 89 7085.

Clyde Sloan, Pharmaceutical Policy, 7th floor Alexander Building, 505 B Furzer Street, Woden Act, (062) 89 7281.

Chargé de négocier les prix pour les produits pharmaceutiques portés sur la liste PBS.

FOREIGN INVESTMENT REVIEW BOARD

F.G.H. Pooley, Foreign Investment Review Board, Sydney, NSW, (02) 63 3010.

L'un des dirigeants.

AUTRES

Arie Freiberg, Faculty of Law, Monash University, Clayton, Victoria.
On lui doit des études sur l'utilisation des sanctions positives.

ROYAUME-UNI

SANTÉ ET SÉCURITÉ

Dr. Keith Hawkins, Centre for Socio-Legal Research, Wolfson College, Oxford, OX2 6UD England (0865) 53647.
Keith Hawkins a coordonné l'étude quinquennale pour le *Health and Safety Executive* et a été chargé d'étudier l'organisation des poursuites.

Hazel Genn, Lecturer in Laws, Queen Mary Collge, University of London, London, England, (0865 52967)(Centre for Socio-Legal Studies).

David Freedman, 11 Exeter Rd., London NW2.
A interviewé 35 dirigeants syndicaux dans le cadre d'une étude destinée à être publiée à l'automne de 1988 par la *Trade Union Research Unit*, Ruskin College, Oxford.

Peter Manning, Department of Siciology, Michigan State University, East Lansing, MI 48823.
A étudié le *Nuclear Inspectorate* du Royaume-Uni, en sa qualité de membre du *Centre for Legal Studies*.

Dr. Robert Baldwin, London School of Economics and Political Science, Houghton Street, Aldwych, London WC2.
Travaux d'excellente qualité sur les règles, et corédacteur de Regulation and Public Law.

David Gee, consultant, Occupational and Environmental Risk, 24 Broomwood Rd. London SW11 6HT, (01) 223-0595.
Ancien responsable de la sécurité pour le compte de la *General Boilermakers Union*.

Robert Coyle, Director of the Health and Safety Division, Trade Union Congress.

Helen Prior, Chargée de la sécurité, National Confederation of Health Service Employees, Slough, Wexon Park Hospital.

Gavin Strang, MP, House of Commons, Westminster, London SW4.
S'est efforcé d'obtenir du *Employment Committee* qu'il examine la santé et la sécurité au travail. S'inquiète de ce que les fonds auraient été utilisés pour augmenter la rémunération des fonctionnaires de la réglementation, plutôt que pour accroître le nombre des inspecteurs. Se préoccupe des qualifications insuffisantes des inspecteurs, notamment dans le domaine nucléaire.